

*Privatrechtliche Leistungsverhältnisse
und öffentliche Daseinsvorsorge*

*Ein kritischer Beitrag zur Lehre
vom faktischen Vertragsverhältnis*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Karl Bayer
Regierungsassessor
aus Ehingen (Donau)*

1965

Privatrechtliche Leistungsverhältnisse und öffentliche Daseinsvorsorge

*Ein kritischer Beitrag zur Lehre
vom faktischen Vertragsverhältnis*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Karl Bayer
Regierungsassessor
aus Ehingen (Donau)*

1965

Dekan: Professor Dr.Erich Streißler
Referent: Professor Dr.Fritz von Hippel
Korreferent: Professor Dr.Horst Müller

Tag der mündlichen Prüfung :
29.Juli 1965



Meiner lieben Frau



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548225_0075

I

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Seite

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

V

EINLEITUNG

1

Einführung und Übersicht

E R S T E R T E I L

Die Leistungsverhältnisse
im Bereich der öffent-
lichen Daseinsvorsorge
im System unserer Rechts-
ordnung

4

E r s t e s K a p i t e l

Rechtsgeschäftliche Privatautonomie und öffent-
liche Daseinsvorsorge als Organisationsformen
der Rechtsgemeinschaft

4

§ 1 Das Ordnungsprinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie

4

I) Die Zulassung rechtsgeschäftlicher Privat-
autonomie als Ordnungsentscheidung

4

II) Der Vertragsbegriff des Bürgerlichen Ge-
setzbuches

9

§ 2 Das Ordnungsprinzip der öffentlichen Daseins- vorsorge

16

I) Divergenz zwischen abstrakter Anordnung der
Vertragsfreiheit und Wirklichkeit

16

II) Der gesellschaftspolitische, wirtschaftli-
che und soziologische Hintergrund der Lehre
von der Daseinsvorsorge

18

III) Versuch einer Bestimmung und Abgrenzung des
Begriffs der öffentlichen Daseinsvorsorge

23

§ 3 Der Begriff der Leistungsverhältnisse der Da- seinsvorsorge in der privatrechtlichen Litera- tur

26

I) Beschränkung auf den "klassischen Fall" der
Daseinsvorsorge

26

II) Versuch einer gegenständlichen Beschreibung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge	28
---	----

Zweites Kapitel

Die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in der Übergangszone zwischen öffentlichem und privatem Recht	32
§ 4 Die rechtssystematische Einordnung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge	32
I) Der "Totalitätsanspruch" des öffentlichen Rechts	32
II) Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre	36
III) Privatrecht als "Mittel" der öffentlichen Verwaltung - "Verwaltungsprivatrecht"	38
§ 5 Der Gleichheitssatz im Bereich des Verwaltungsprivatrechts	43
I) Die Problematik	43
II) Die Lösungsmöglichkeiten	44

ZWEITER TEIL

Die Einordnung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in das Vertragssystem des Bürgerlichen Gesetzbuches	47
--	----

Erstes Kapitel

Die Behandlung des Problems in Literatur und Rechtsprechung	47
§ 6 Überblick über den Stand der Auseinandersetzung	47
§ 7 Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis nach Haupt	51

III

Seite

I) Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung als Sonderproblem	51
II) Die Behandlung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in der Lehre von Haupt	53
§ 8 Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten als Verpflichtungsgrund nach Larenz	57
§ 9 Die Lehre vom sozialen Vertragsverhältnis nach Simitis	61
§ 10 Der Lösungsversuch von Müllereissert	66
§ 11 Der Lösungsversuch bei Spiess	68
§ 12 Die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge als Ausdruck einer typisierten Zivilrechtsordnung nach Bärman	69
§ 13 Die Rechtsprechung zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis im Bereich der Daseinsvorsorge	72
§ 14 Die zunehmend ablehnende Kritik zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Versuch einer ersten eigenen Stellungnahme.	75

Z w e i t e s K a p i t e l

Lösungsversuch anhand einzelner Fälle.	83
§ 15 Das normale Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge	83
I) Das normale Zustandekommen bei einem Versorgungsunternehmen	83
II) Das normale Zustandekommen bei einem Verkehrsunternehmen	87
§ 16 Die Inanspruchnahme ohne Erklärungsbewußtsein und ohne Geschäftswillen	94
I) Die "objektive Methode" nach Siebert	94
II) Versuch einer Lösung unter Heranziehung des Gleichheitssatzes	100

IV

§ 17	Die Inanspruchnahme bei gleichzeitigem oder vorhergehendem Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit	103
§ 18	Der Sonderfall des Protestes wegen rechtlicher Zweifel über die Gebührenpflichtigkeit	108
§ 19	Vertragsschluß trotz fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit	111
§ 20	Zusammenfassung der Gründe für die eigene Stellungnahme	115

D R I T T E R T E I L

Zur rechtspolitischen Problematik der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge	121
---	-----

E r s t e s K a p i t e l

Kennzeichnung der rechtspolitischen Problematik	121
§ 21 Der ordnungspolitische Gegensatz zwischen rechtsgeschäftlicher Privatautonomie und öffentlicher Daseinsvorsorge	121
§ 22 Das Verhältnis der öffentlichen Daseinsvorsorge zur Wirtschafts- und Sozialordnung	125

Z w e i t e s K a p i t e l

Richtlinien zur Begrenzung öffentlicher Daseinsvorsorge	129
§ 23 Öffentliche Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip	132
§ 24 Öffentliche Daseinsvorsorge und Subsidiaritäts-	134

prinzip

§ 25	Öffentliche Daseinsvorsorge und Solidari- tätsprinzip	134
------	--	-----

VI

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Achinger
Hans Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik,
Hamburg 1958
- Ambos
Horst Zur rechtlichen Anerkennung der sog.
faktischen Gesellschaft in der höchst-
richterlichen Rechtsprechung und im
Schrifttum der letzten zwei Jahrzehnte,
Diss. Mainz 1957
- Apell
Willibald Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Leipzig 1920
- " Der verwaltungsrechtliche Vertrag, AöR,
Bd. 84 (1959) S. 249 ff
- Bachof
Otto Begriff und Wesen des sozialen Rechts-
staates, VVDStRL Heft 12 S. 37 ff
- " Der Rechtsschutz im öffentl. Recht:
gelöste und ungelöste Probleme, DÖV
1953 S. 417 ff
- Bärman
Johannes Typisierte Zivilrechtsordnung der Da-
seinsvorsorge. Eigenständigkeit und Über-
staatlichkeit am Beispiel des Verkehrs.
Karlsruhe 1948
- Ballerstedt
Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die
Grundrechte. Handbuch der Theorie und
Praxis der Grundrechte. Hrsg. v. Better-
mann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III/1, Ber-
lin 1959, S. 1-90
- " Besprechung von Simitis: Die faktischen
Vertragsverhältnisse, AcP Bd. 157 S. 117
ff
- Barth
Heinrich Der soziale Kontakt als Haftungsgrund.
Ein Beitrag zur Kritik der faktischen
Vertragsverhältnisse. Diss. Göttingen
1947
- Basler
Heinrich Öffentlicher Dienst privater Betriebe,
in: Festschr. für F. List, Baden-Baden
1957, S. 172 - 203
- Baur
Fritz Bericht über die Zivilrechtslehrertagung
in Bad-Mergentheim am 9. u. 10. Oktober
1957, JZ 1957 S. 764
- Bettermann
Karl-August Anmerkung zu BGH, MDR 1957 S. 149
- Betti
Emilie Über sogenannte faktische Vertragsver-
hältnisse, in: Das deutsche Privatrecht in
der Mitte des 20. Jahrh. Festschr. f. H.
Lehmann z. 80. Geburtstag. Bd. I S. 253 -
270. Berlin-Tübingen 1956

VII

- Blomeyer**
Arwed
" Allgemeines Schuldrecht. 3. Aufl. Berlin-Frankfurt 1964
- Böhm**
Anton Wohlfahrtsstaat - Versorgungsstaat, in: Rhein. Merkur, 48 / 1960 S. 3
- Boehmer**
Gustav Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950 - 1952. Bd.1: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamt-rechtsordnung. 1950. Bd.2, Abt.1: Dogmen-geschichtliche Grundlagen des bürgerli-chen Rechts. 1951. Abt.2: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung. 1952.
- " Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954, 2. Aufl. 1965
- Breit**
James Die Geschäftsfähigkeit, 1. Hälfte, Leip-zig 1903
- Brox**
Hans Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenser-klärung und deren Auslegung, Karlsruhe 1960
- Bülck**
Hartwig Vom Kontrahierungszwang zum Abschluß-pflicht, Abhandlungen zum Deutschen Ge-meinrecht, Heft 6, Heide i. Holstein 1940
- Burckhardt**
Walter Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl. Zürich 1944
- von Caemmerer**
Ernst Besprechung von Müllereissert: Ver-tragslehre, NJW 1947/48 S. 338 f
- " Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschr. Rabel I, 1954, S. 333 ff
- " Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschr. z. 100jährigen Bestehen des Deutschen Juri-stentages, Frankfurt 1960, Bd.2 S.49 ff
- Coing**
Helmut System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951 S. 481 ff
- Dahm**
Georg Deutsches Recht. Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts. 2. Aufl., Stuttgart 1963
- Dieckmann**
Karl Walter Das faktische Gesellschaftsverhältnis. Diss. Tübingen 1957
- Dölle**
Hans Außergesetzliche Schuldpflichten, ZtschrGStW Bd. 103 S. 67
- Düri**
Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrts-staat, JZ 1953 S. 193 ff
- " Zum Begriff und der Problematik d. "Da-seinsvorsorge", JZ 1955 S. 525

VIII

- D ü r i g
Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in:
Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeut-
schen Verfassung. Festschr. f. H. Nawias-
ky, München 1956 S. 186 ff
- E h r l i c h
Eugen Die stillschweigende Willenserklärung,
Berlin 1893
- E i s e r -
R i e d e r e r Energiewirtschaftsrecht. Komm. begr. von
Ernst Eiser, 2. Aufl. bearb. von Johann
Riederer, München 1961
- E n n e c c e r u s -
K i p p - W o l f f Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd.1, Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts. Bearb. von H.C. Nipperdey. Halb-
band 1. Allgemeine Lehren, Personen,
Rechtsobjekte. 15. Aufl. 1959. Halbband
2. 15. Aufl. Tübingen 1960. Bd.2, Recht
der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübin-
gen 1958. Bearb. von H. Lehmann
- E r m a n n
Walter Beitrag zur Haftung für das Verhalten bei
Vertragsverhandlungen, AcP Bd.19 S. 273 f
- " Faktische Vertragsverhältnisse oder Ge-
schäftsführung - ohne Auftrag -, NJW
1965 S. 421 ff
- E s s e r
Josef Schuldrecht. Ein Lehrbuch. Allgemeiner
und besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe
1960
- " Gedanken zur Dogmatik der "faktischen
Schuldverhältnisse", AcP Bd. 157 S. 86 ff
- " Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen,
Frankfurter Wissenschaftl. Beiträge.
Rechts- und wirtschaftswissensch. Reihe,
Bd.4, Frankfurt a.M. 1940
- " Besprechung von Haupt: Faktische Ver-
tragsverh., Schmollers Jahrb. 1942,
1. Halbbd. S. 230 ff
- " § 242 BGB und die Privatautonomie, JZ
1956 S. 555 ff
- E u c k e n
Walter Grundzüge der Wirtschaftspolitik. Hrsg.
v. Edith Eucken-Erdsiek und K. Paul Hen-
sel, Hamburg 1959
- " Die Grundlagen der Nationalökonomie,
7. Aufl., Berlin 1959
- E y e r m a n n -
F r ö h l e r Verwaltungsgerichtsordnung. Komm.,
3. Aufl., München 1962
- F e c h n e r
Erich Freiheit und Zwang im sozialen Rechts-
staat, Tübingen 1953. Recht und Staat in
Geschichte und Gegenwart, Heft 174
- " Rechtsphilosophie (Soziologie und Meta-
physik des Rechts), Tübingen 1956

IX

- F i s c h e r
Max Der Begriff der Vertragsfreiheit. Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Nr. 182
- F i s c h e r h o f
Hans Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957 S. 305 ff
- " "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960 S. 41
- F l o e g e l -
H a r t u n g Straßenverkehrsrecht, 14. Aufl., München und Berlin 1963
- F l u m e
Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschr. zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Frankfurt 1960, Bd. I, S. 135 - 238
- " "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965
- F o r s t h o f f
Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1.Bd: Allgemeiner Teil. 8. Aufl., München und Berlin 1961
- " "Der totale Staat, Hamburg 1933
- " "Die Verwaltung als Leistungsträger. Königsberger rechtswissenschaftl. Forschungen, Bd. 2, Stuttgart und Berlin 1938. Mit Einleitung und Nachwort 1959 neu erschienen: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, in: res publica, Beiträge z. öffentl. Recht, Heft 1
- " "Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958
- " "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959
- F r e n t z e l
Gerhard Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Tübingen 1961. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 235
- F r i e s e n h a h n
Ernst Grundgesetz und Energiewirtschaft, in: Elektrizitätswirtschaft, 56. Jahrg., Heft 1, 1957, S. 12
- G e i g e r
Willi Was heißt Sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz?, in: Sozialer - Rechtsstaat - Wohlfahrtsstaat - Versorgungsstaat, Paderborn 1963
- G e r b e r
Hans Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes Ein Rechtsgutachten, AöR Bd. 81 (1956) S. 1 ff

- G e r b e r Das Problem öffentl. und privates
Hans Recht. Unveröffentl. Manuskript, Frei-
 burg i. Br. o.J.
- von G i e r k e Besprechung von Haupt: Über faktische
Julius Vertragsverhältnisse, ZHR Bd. 109
 S. 264 ff
- G ö r r e s - Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Ge-
Gesellschaft sellschaft, 8. Bände 1857/58 ff, Frei-
 burg i.Br.
- G u n d l a c h Die sozialen Rundschreiben Leos XIII. u.
Gustav Pius' X I. - Textausgabe und deutsche
 Übersetzung
- H a b s c h e i d Bericht über die Tagung der Zivil-
Walther, J. rechtslehrer in Bad-Mergentheim am 9. u.
 10. Oktober 1957, AcP Bd. 157 S. 100 ff
- H a m a n n Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Andreas Deutschland, Kommentar. 2. Aufl., Berlin
 1961
- H a u p t Über faktische Vertragsverhältnisse,
Günter Leipzig-Berlin 1941/43. Aus: Festschr. f.
 Heinrich Siber = Leipziger rechtswissen-
 schaftl. Studien, Heft 124
- " Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 1943
 S. 84 ff
- H e c k Die dynamische Methode Müllereisserts u.
Philipp die praktische Rechtswissenschaft, AcP
 Bd. 144 S. 145 ff
- H e d e m a n n Der Kontrahierungszwang. Erinnerung und
Justus Wilhelm Ausblick, in: Festschr. für Nipperdey,
 München und Berlin 1955 S. 251 ff
- " Einführung in die Rechtswissenschaft,
 2. Aufl., Berlin 1927
- H e r m i n g h a u s e n Formlos bindende Hofzusagen,
Paul DNotZ 1958 S. 115 f
- H e s s e Die normative Kraft der Verfassung, Tü-
Konrad bingen 1959. Recht und Staat in Ge-
 schichte und Gegenwart, Heft 222
- " Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht,
 AöR Bd. 77 S. 167 ff
- H i m m e l s c h e i n Beiträge zu der Lehre vom Rechts-
Josef geschäft, Mannheim 1930
- von H i p p e l Zur Gesetzmäßigkeit juristischer System-
Fritz bildung, Berlin 1930
- " Das Problem der rechtsgeschäftlichen Pri-
 vatautonomie, Tübingen 1936
- " Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg
 1935

XI

- von H i p p e l
Fritz Richtlinie und Kasuistik im Aufbau
 von Rechtsordnungen, Marburg 1942
- " Die nationalsozialistische Herrschafts-
 ordnung als Warnung und Lehre, Tübingen
 1946 (2. Aufl. 1947)
- " Die Perversion von Rechtsordnungen,
 Tübingen 1955
- " Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Pri-
 vatrechts, Tübingen 1957. Recht und
 Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft
 195/196
- " Rechtstheorie und Rechtsdogmatik. Stu-
 dien zur Rechtsmethode und zur Rechts-
 erkenntnis, Frankfurt 1964
- von H i p p e l
Eike Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach
 anglo-amerikanischem Recht, Frankfurt
 1963
- H ö f f n e r
Josef Christliche Gesellschaftslehre, Keve-
 laer-Rheinl. 1962
- H o k e m a
Werner Die faktische Verwahrung. Ein Beitrag z.
 Lehre von den faktischen Vertragsver-
 hältnissen. Diss. Göttingen 1953
- H o o k
Karl Der Rechtscharakter der kommunalen Was-
 ser-, Gas- und Elektrizitätswerke und
 die Rechtsstellung der Werke gegenüber
 ihren Abnehmern. Diss. Heidelberg 1931
- H u b e r
Ernst-Rudolf Der Streit um das Wirtschaftsverfas-
 sungsrecht, DÖV 1956 S. 97 ff, 135 ff,
 172 ff, 200 ff
- " Rechtsstaat und Sozialstaat in der mo-
 dernen Industriegesellschaft. Oldenburg
 1962, Schriftenreihe der Verwaltungs-
 und Wirtschaftsakademie Oldenburg ,
 Heft 1
- " Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.,
 Tübingen, Bd. 1 1953, Bd. 2 1954
- von H u m b o l d t
Wilhelm Ideen zu einem Versuch, die Grenzen
 der Wirksamkeit des Staates zu bestim-
 men, 1792, letzte Neuaufl.: Nürnberg
 1954
- I m b o d e n
Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Ba-
 sel 1958. Basler Studien zur Rechts-
 wissenschaft, Heft 48
- J e l l i n e k
Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl.
 (7. Neudruck), Bad-Homburg v.d.Höhe 1960
- J e l l i n e k
Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg
 1948, m. Nachtrag 1950

XIII

- Le Bon
Gustav Psychologie der Massen (Psychologie des
foules), übersetzt von Rudolf Eisler,
2. Aufl., Leipzig 1912
- Lehmann
Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
- " Das "faktische" Vertragsverhältnis,
Iher. Jahrb. Bd. 90 S. 131 ff
- " Faktische Vertragsverhältnisse, NJW
1958 S. 1 ff
- Leisner
Walter Grundrechte und Privatrecht, München
1960. Münchner öffentl.-rechtl. Abhand-
lungen, Heft 1
- Liesecke
Anmerkung zu BGH, LM Nr. 2 Vorb. zu
§ 145 BGB
- Link
Ewald Das Subsidiaritätsprinzip. Sein Wesen
und seine Bedeutung für die Sozialethik,
Freiburg i.Br. 1955
- List
Friedrich Energierecht, 2. Aufl., Wiesbaden 1952
- Löning
Faktische Verträge oder öffentliches
Recht, ZAkDR 1942 S. 289 f
- Löw
Konrad Fiskalgeltung der Grundrechte? DÖV 1957
S. 879 ff
- von Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz,
Bd. I, 2. Aufl., Berlin
1957
- Manigk
Alfred Die Privatautonomie im Aufbau der
Rechtsquellen, Berlin 1935
- Marcic
René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat,
Wien 1953
- Mauz
Theodor Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch.
12. Aufl., München-Berlin 1963
- " Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts,
Verw.Arch. Bd. 50 S. 315 ff
- Mauz -
Dürig Grundgesetz. Kommentar, München 1960
- Mayer
Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3.
Aufl., München 1924
- Menger
Anton Das bürgerliche Recht und die besitz-
losen Volksklassen, 1890. 5. Aufl.,
Tübingen 1927
- Menger
Christian Der Begriff des sozialen Rechtsstaates
im Bonner Grundgesetz, Tübingen 1953.
Recht und Staat in Geschichte und Gegen-
wart, Heft 173
- Molitor
Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht,
Karlsruhe 1949.

- M ü l l e r e i s s e r t Vertragslehre. Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag, Stuttgart 1947
- " Begründet die Landung auf einem Flughafen ein "faktisches Vertragsverhältnis"? DGWR 1942 S. 160 f
- N a w i a s k y Allgemeine Staatslehre, Teil 1, 2. Aufl.
Hans Einsiedeln-Köln 1958
- von N e l l - B r e u n i n g Die soziale Enzyklika. Erläuterungen zum Weltrundschreiben Papst
Oswald Pius' XI. über die gesellschaftliche Ordnung. Köln 1950
- N e u g e b a u e r Besprechung von Haupt: Faktische Vertragsverhältnisse. Postarchiv 1943
S. 1 ff
- N i p p e r d e y Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920
Hans
- " Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 10
- " Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 1957
S. 129 ff
- N i r k Die Lehre von der culpa in contrahendo
Rudolf in rechtsvergl. Darstellung als kritischer Beitrag zur Lehre vom "Sozialen Kontakt". Diss. Tübingen 1951
- N o l t e Besprechung von Haupt: Faktische Vertragsverhältnisse. DAR 1942 S. 717 f
Hermann
- O e f t e r i n g Die Deutsche Bundesbahn von 1957 bis
Heinz-Maria 1961, in: Die Bundesbahn - Organ der Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbahn (Darmstadt), 1961 S. 769 ff
- O e r t m a n n Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Paul Bd. 2/1: Schuldrecht I, 5. Aufl., Berlin 1929
- O f t i n g e r Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit
Karl des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948 S. 315 ff
- P a l a n d t Bürgerliches Gesetzbuch. 22. Aufl., München und Berlin 1958. §§ 104 ff bearb.
Otto von Danckelmann; §§ 705 ff bearb. von Gramm
- P e t e r s Die freie Entfaltung der Persönlichkeit
Hans als Verfassungsziel, in: Festschr. für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag, Hamburg 1953 S. 669 ff

- P o s c h
Martin Das Rechtsverhältnis im Zivilrecht,
Staat und Recht 1961, Heft 1, S. 15 ff
- " Der Vertrag im Zivilrecht, Staat und
Recht 1960, Heft 11/12, S. 1768 ff
- P ü s c h e l
Heinz Die Rolle des Vertrages im Zivilrecht,
NJ 1962 S. 35 ff
- R a d b r u c h
Gustav Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vor-
träge und Aufsätze über Grundfragen des
Rechts, Göttingen 1957
- R a i s e r
Ludwig Das Recht der allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen, Hamburg 1935
- " Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht,
ZHR 111 (1948) S. 75 ff
- " Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem,
in: Festschr. für Julius von Gierke,
1950, S. 181 - 200
- " Vertragsfreiheit heute. JZ 1958 S. 1 ff
- " Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit,
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben.
Festschr. z. 100jährigen Bestehen des
Deutschen Juristentages, I, Frankfurt
1960, S. 101 - 134
- R a m m
Thilo Besprechung von: Brox, Die Einschränkung
der Irrtumsanfechtung, AcP Bd. 160 S. 74
ff
- " Die Anfechtung des Arbeitsvertrages,
Karlsruhe 1955
- R e i n h a r d t
Rudolf Die Vereinigung subjektiver und objek-
tiver Gestaltungskräfte im Verträge, in:
Festschr. f. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe
1957 S. 115 - 138
- RGR - Komm. BGB Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
10. Aufl. Berlin, 1. Bd. bearb. von
Denecke, 1951, 2. Bd. bearb. von Oegg,
1953
- R i t t n e r
Fritz Die Ausschließlichkeitsbindungen in
dogm. und rechtspolitischer Betrachtung.
Düsseldorf 1957
- R o s e n t h a l
Alfred Der Wandel der Staatsaufgaben in der
letzten Geschichtsperiode, Berlin 1913
- R ü m e l i n
Gustav Die Geisteskranken im Rechtsverkehr,
Tübingen 1912
- R ü s t o w
Alexander Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus
als religionsgeschichtl. Problem, Istam-
bul 1954
- S a l z w e d e l
Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des verwal-
tungsrechtl. Vertrages. Berlin 1958. Neue
Kölner rechtsw. Abhandlungen, Heft 11

XVI

- S c h a a r
Hans Das Rechtsverhältnis der Elektrizitäts-
werke zu ihren Stromabnehmern. Diss.
Heidelberg 1932
- S c h a u m a n n
Wilfried Grundrechtsanwendung im Verwaltungspri-
vatrecht, JUS 1961 S. 110 ff
- S c h e r r e r
Werner Die geschichtliche Entwicklung des Prin-
zips der Vertragsfreiheit. Baseler Stu-
dien zur Rechtswissenschaft, 1948, Heft
20
- S c h e u n e r
Ulrich Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates
in Deutschland, in: Hundert Jahre Deut-
sches Rechtsleben. Festschr. z. 100jäh-
rigen Bestehen des Deutschen Juristentag-
es, Bd. II, Frankfurt 1960 S. 229 ff
- S c h m i d t -
R i m p l e r Grundfragen der Erneuerung des Vertrags-
rechts, AcP Bd. 147 S. 130 ff
- S c h ö n e
Ludwig Privatrecht und Öffentliches Recht,
Diss. Freiburg i.Br. 1955
- S c h r e i e r
Georg Das Vertragsverhältnis in der Daseinsvor-
sorge. Diss. Würzburg 1960
- S c h u l t e
Formlose bauerliche Übergabe und Erbver-
träge. NJW 1958 S. 361 ff
- S c h u l t z
Reginald Entwicklung der Lehre von der Haftung für
Verschulden bei Vertragsschluß. Diss. Mar-
burg 1940
- S c h u m a n n
Hans Handelsrecht, Bd. 1, Wiesbaden 1958
- S c h u n c k -
D e - C l e r c k Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung,
Siegburg 1961
- S i e b e r t
Wolfgang Arbeitsverhältnis und Vertrag, ZAkDR
1936 S. 93 ff
- " Die faktische Gesellschaft, in: Festschr.
für Hedemann, Jena, 1938 S. 266 ff
- " Privatrecht im Bereich öffentlicher Ver-
waltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung
von öffentlichem Recht und Privatrecht,
in: Festschr. für Niedermeyer, 1953,
S. 215 ff
- " Faktische Vertragsverhältnisse. Abwand-
lungen des Vertragsrechts in den Bereichen
der Daseinsvorsorge, des Gesellschafts-
rechts und des Arbeitsrechts. Schriften-
reihe der juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe, Heft 41 (1958)
- " Zur neueren Rechtsprechung über die Ab-
grenzung von Zivilrechtsweg und Verwal-
tungsrechtsweg, DÖV 1959 S. 733 ff

XVII

- S i m i t i s** Die faktischen Vertragsverhältnisse als
Spiro Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957
- S p i e l e r** Anmerkung zu RGH, LM, Vorb.Nr. 1 vor § 145
- S p i e s s** Der Tarif, Berlin 1931
Wolfgang
- "** Faktische Verträge oder öffentliches Recht oder Tarif? ZAKDR 1942 S. 340 ff
- "** Der Tarif als Verpflichtungsgrund. ZAKDR 1943 S. 170 ff
- S t a u d i n g e r** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl. Bd. 1, Allgemeiner Teil bearb. von Coing, Berlin 1957; Bd. 2, Teil 1b, § 242, Recht der Schuldverh., bearb. von Weber, Berlin 1961
- S t e c h** Der vertragslose Zustand im Energierecht,
Helmut Köln-Marienburg 1955
- S t e r n** Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw.Arch. Bd 49 S. 106 ff
Klaus
- S t e i n d o r f f** Besprechung von: Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, BB 1958 S.492
Ernst
- S u c h** Der Vertrag als Instrument der Planung,
Heinz NJ 1950 S. 243 ff
- S ü s t e r h e n n** Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschr. zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956 S. 141 - 155
Adolf
- T a s c h e** Vertragsverhältnisse nach nichtigem Vertragsschluß? Jher. Jahrb. Bd. 90 S. 101 f
- W e b e r** Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. 4. Aufl. bes. von J. Winckelmann, Halbbd. 1/2, Tübingen 1956
Max
- W e l t y** Die Sozialenzyklika Papst Johannes XXIII. Mater et Magistra. Textausgabe mit Erläuterungen, Freiburg i.Br. 1961 - Herder-Taschenbücherei, Bd. 110
Max
- W e r t e n b r u c h** Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JUS 1961 S. 105 ff
Wilhelm
- W i e a c k e r** Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAKDR 1943 S. 33 ff
Fritz

XVIII

- Wieacker Franz Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952
- " Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953. Schriftenreihe d. Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 3
- " Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956. Recht u. Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 193/194
- " Hoferbenbestimmung durch schlüssiges oder sozialtypisches Verhalten, FamRZ 1957 S. 287
- " Anm. zu BGH, JZ 1957 S. 61
- " Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschr. zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Frankfurt 1960 S. 1 - 18
- " Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in: 250 Jahre Celler Obergericht, Gött. Festschr. für das OLG - Celle, Göttingen 1961
- Wolff Hans-Julius Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 5. Aufl., München und Berlin 1963
- " Der Unterschied zwischen öffentlichem u. privatem Recht, AöR Bd. 76 S. 205 ff
- Wolff Helmut Über faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1953 S. 1250 ff

E I N L E I T U N G

E i n f ü h r u n g u n d Ü b e r s i c h t

1. Kaum einem anderen Begriff ist es in der neusten juristischen Literatur gelungen, eine ähnliche Verbreitung zu erlangen wie dem von Forsthoff in seiner Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger" (1938) eingeführten Wort "Daseinsvorsorge".

In der Verfassungsgeschichte und im Staatsrecht wird der Begriff herangezogen, um den Wandel vom bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts zum sozialen Rechtsstaat der Gegenwart aufzuzeigen.

Im Verwaltungsrecht weist "Daseinsvorsorge" auf einen neuen Bereich staatlicher Tätigkeit hin, der neben die obrigkeitliche Eingriffsverwaltung getreten ist und eine dogmatische Neubestimmung der öffentlichen Verwaltung erforderlich macht.

Für das Privatrecht ist der mit der Bezeichnung "Daseinsvorsorge" angedeutete Sachverhalt in dreifacher Hinsicht von Bedeutung:

a) R e c h t s s y s t e m a t i s c h stellt sich das Problem, ob die mit der Bezeichnung "Daseinsvorsorge" gemeinten Lebenssachverhalte, insbesondere die "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge", überhaupt dem Privatrecht zugeordnet werden können oder ob, wie auch heute noch behauptet wird, die ganzen Fragen in das öffentliche Recht abgewandert sind.

Um hierzu Stellung nehmen zu können, muß man sich darauf besinnen, daß die rechtsgeschäftliche Privatautonomie als ein Kernstück unserer Privatrechtsordnung eine Organisationsform der Rechtsgemeinschaft darstellt, der ein eigengeartetes, besonderes Ordnungsprinzip zugrunde liegt.

Nur auf diesem Hintergrund wird dann auch die (öffentliche) "Daseinsvorsorge" als eine Organisationsform mit besonderem Ordnungsprinzip deutlich.

Die Unterscheidung dieser beiden Organisationsformen ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Unterscheidung in Privat-

recht und öffentliches Recht. Vielmehr befinden wir uns im Bereich der "Daseinsvorsorge" in einer Übergangszone zwischen diesen beiden Rechtsgebieten. Die Bezeichnungen "Verwaltungsprivatrecht" und "Privatrecht als Mittel der öffentlichen Verwaltung" bringen dies deutlich zum Ausdruck, wobei der Einfluß des öffentlichen Rechts unterstrichen wird durch die zumindest beschränkte Bindung des jeweiligen Leistungsträgers an den Gleichheitssatz.

b) R e c h t s d o g m a t i s c h stellt sich das Problem, ob das Vertragsrecht unseres BGB, wie es auf der Grundlage einer liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung entstanden ist, elastisch genug ist, um die Lebenssachverhalte der "Daseinsvorsorge" sachgerecht erfassen und beurteilen zu können oder ob wir neben dem auf der Privatautonomie aufbauenden Rechtsinstitut der Willenserklärung und des Vertrages ein neues System der Begründung und Gestaltung bestimmter privatrechtlicher Rechtsverhältnisse entwickeln müssen.

Mit dieser Frage beschäftigt sich insbesondere im Anschluß und in Auseinandersetzung mit einer Studie von G. Haupt "Über faktische Vertragsverhältnisse" eine nahezu unübersehbare Literatur, ohne daß es bisher zu einer endgültigen Abklärung der Meinungen gekommen wäre. Auffallend ist hierbei, wie sehr die teilweise recht heftig geführte Diskussion privatrechtsdogmatisch "verengt" ist und sich vielfach in nur rechtstechnischen Konstruktionsfragen erschöpft hat, wobei wir bei den Verfechtern der neuen Lehre oft methodisch unzulässige Verallgemeinerungen, bei ihren Gegnern aber nicht immer den Blick für die den "dogmatischen Wirbeln" zugrunde liegenden Probleme feststellen können.

Die Untersuchung einzelner Fallgruppen weist auch hier den Weg zu einer ehrlichen Beurteilung der jeweils statthabenden Lebenssachverhalte.

c) Und schließlich hat die "Daseinsvorsorge" für das Privatrecht auch eine ernst zu nehmende r e c h t s p o l i t i s c h e Problematik. Denn eine sich unter ihrem Deckmantel

breit machende Allzuständigkeit des Staates könnte nicht nur zu einer "Publizierung des Privatrechts" (Hedemann) führen, sondern sie greift an dessen Wurzel, indem der Bereich individueller Lebensgestaltung und Lebensverantwortung immer mehr eingeengt und die Befugnis und später auch der Wille, Leistungen in eigener Initiative und Erfolgsverantwortung zu erbringen, damit abgetötet wird.

Von hier aus aber würde sich das so laut gepriesene "Recht auf Teilhabe" als ein Danaergeschenk entpuppen. Der einzelne wäre tatsächlich nur noch ein Teil jener "abhängigen Masse", das Ganze müßte sich tatsächlich als "vermaßtes gewerbliches und kulturelles Sozialleben" darstellen. Diese Perspektive wirkt bei einem Blick auf totalitäre Staaten der Vergangenheit und Gegenwart um so erschreckender.

2. Dieser dreifachen Problematik entspricht auch der Aufbau der Arbeit und ihre Gliederung in einen rechtssystematischen, einen rechtsdogmatischen und einen rechtspolitischen Teil.

Dabei zwingt insbesondere der erste und dritte Teil der Arbeit zu einer kritischen Stellungnahme zur Lehre von der Daseinsvorsorge, während wir uns im zweiten Teil mit der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis und anderen im Anschluß an diese Lehre entwickelten Theorien auseinanderzusetzen haben.

Die Behandlung der rechtssystematischen und rechtspolitischen Problematik will nicht Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie soll aber dazu beitragen, die Auseinandersetzung um das Problem "faktische Vertragsverhältnisse" für den Bereich der "Daseinsvorsorge" aus ihrer dogmatischen Verengung herauszulösen oder sie doch verständlich zu machen als einen Versuch, das Privatrecht mit Prinzipien des Privatrechts auszuweiten, damit aber zugleich aufrechtzuerhalten.

ERSTER TEIL

Die Leistungsverhältnisse im Bereich der "öffentlichen Daseinsvorsorge" im System unserer Rechtsordnung

Erstes Kapitel

Rechtsgeschäftliche Privatautonomie und "öffentliche Daseinsvorsorge" als Organisationsformen der Rechtsgemeinschaft

§ 1 Das Ordnungsprinzip der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie

I) Die Zulassung rechtsgeschäftlicher Privatautonomie als Ordnungsentscheidung

1. Unsere Rechtsordnung überläßt es in weitem Umfange dem einzelnen Menschen, sein Leben in eigener Verantwortung selbst zu gestalten. Sie räumt ihm Privatautonomie ein¹⁾.

Hierin kommt ein Doppeltes zum Ausdruck:

Einmal handelt es sich um die Befugnis, das eigene, rechtlich abgesonderte Leben nach eigener Wahl zu gestalten ("individuelle" Privatautonomie).

1) Zum heutigen Sinn der Privatautonomie grundlegend Fritz von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936; Walter Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944, insbes. S. 17 ff; neuestens: Raiser, JZ 1958 S. 1 ff; derselbe, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschr. DJT I, 1960, S. 101 - 134; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschr. DJT I, 1960, S. 135 - 238, insbes. S. 141 - 147.

Zum anderen bringt der Begriff Privatautonomie zum Ausdruck, daß dem einzelnen gestattet wird, im Verhältnis zu anderen Personen und meist unter deren Mitwirkung nach eigener Wahl in neue Rechts- und Pflichtverhältnisse einzutreten ("soziale" oder "rechtsgeschäftliche" Privatautonomie)²⁾.

Das wichtigste Mittel, dessen sich der einzelne im Rahmen der sozialen Privatautonomie bedient, ist der Abschluß von Rechtsgeschäften, namentlich von Verträgen.

Man mag sich nun darüber streiten, ob die Rechtsfigur des Vertrages als formale Denkform zu den apriorischen Begriffen des Rechts gehört³⁾. Die Zulassung rechtsgeschäftlicher Privatautonomie und die Gewährleistung der Vertragsfreiheit⁴⁾ als deren Kernstück sind jedenfalls nichts Selbstverständliches. "Es gibt nicht begriffsnotwendig in jeder Rechtsordnung, weil sie Rechtsordnung ist, Verträge und Rechtsgeschäfte"⁵⁾. Vielmehr beruht ihre Zulassung überhaupt sowie Art und Umfang dieser Zulassung auf einer ordnungspolitischen Entscheidung der jeweiligen Rechtsgemeinschaft zugunsten einer von mehreren Organisationsformen.

2. Dies wird sofort deutlich, wenn man sich z.B. die Versuche vergegenwärtigt, die im kommunistischen China mit der Einführung des Kommunensystems gemacht wurden⁶⁾.

2) Zu dieser Unterscheidung vgl. Fritz von Hippel, aaO S. VI, Fn. 2 und S. 69.

3) So Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl. Stuttgart 1963, S.459.

4) Man kann bei dem Begriff Vertragsfreiheit unterscheiden: 1. Abschlußfreiheit, 2. Partnerfreiheit, 3. Inhaltsfreiheit, 4. Formfreiheit, 5. Aufhebungsfreiheit; vgl. Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen, Düsseldorf 1957, S. 11.

5) Walter Burckhardt, aaO 24.

6) Zu diesem Beispiel näher: Eike von Hippel, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit, Diss. Freiburg i.Br. 1961, S. 17-19.

In dieser auf dem Unterwerfungsprinzip aufbauenden Sozialordnung bleibt für Vertragsfreiheit praktisch kein Raum. Der gesamte Lebensbedarf wird von der Kommune dem einzelnen zugeteilt, Geldmittel oder sonstige Sachwerte, die Gegenstand vertraglicher Vereinbarung sein könnten, werden nicht oder nur in ganz geringem Umfang dem einzelnen überlassen, über den Einsatz der Arbeitskraft, die Verteilung des vorhandenen Wohnraums, ja sogar über die Auswahl und das Verhältnis zum "Ehe"-Partner entscheidet die Kommune.

Damit kommt diese Organisationsform dem "Idealtyp" einer Sozialordnung nahe, "innerhalb welcher der Vertrag als rechtstechnisches Mittel, dem einzelnen die Regelung seiner rechtlichen Beziehungen zur Umwelt eigenständig zu ermöglichen, völlig aufgehoben ist"⁷⁾.

Einen weiteren Beleg dafür, daß das Institut der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie sich nicht von selbst versteht, sondern auf einer bewußten Ordnungswahl des Gesetzgebers beruht, zeigt auch das heftige Ringen um die Rolle des Vertrages bei den Gesetzgebungsarbeiten zu einem neuen Zivilgesetzbuch in der deutschen Sowjetzone.

Nach einer von Posch⁸⁾ entwickelten Lehre kann in der neuen Gesellschaftsordnung der Vertrag keine elementare Rechtsform zur Begründung von Zivilrechtsverhältnissen mehr sein⁹⁾. An seine Stelle soll ein "allgemeines Zivilrechtsverhältnis" treten, das in dem neuen Zivilgesetzbuch umfassend und zwingend geregelt werden soll¹⁰⁾.

7) Eike von Hippel, aaO S. 18, mit weiteren Hinw.

8) Staat und Recht, 1960, Heft 11/12, S. 1768 ff und 1961, Heft 1, S. 15 ff

9) ... "Die Pflichten bestehen vielmehr bereits unabhängig von einem Kaufvertrag. Sie tragen nicht mehr den Charakter privater Pflichten eines privaten Käufers; sie tragen sozialistischen, gesellschaftlichen, öffentlichen Charakter". Posch, aaO 1960, S. 1768. Unerfindlich ist, wie hier noch von einem "Zivilrechts"-verhältnis soll gesprochen werden können.

10) Posch, aaO, 1961 S. 19.

Dieses Zivilrechtsverhältnis wird nicht erst durch einen Vertrag ins Leben gerufen, sondern besteht schon vor dem konkreten Akt der Inanspruchnahme einer "Versorgungseinrichtung", worunter Posch neben Verkehrsbetrieben auch "Einzelhandelsbetriebe" und "Dienstleistungsbetriebe" versteht. Nur dort kann nach dieser Auffassung noch von einem Vertrag gesprochen werden - und insofern übernimmt Posch den "kapitalistischen" Vertragsbegriff -, wo abweichend von der gesetzlichen Normierung des Rechtsverhältnisses besondere Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten der Beteiligten getroffen werden können.

Demgegenüber will Püschel¹¹⁾ die Rechtsfigur des Vertrages bewußt als Hauptform zur Begründung konkreter Versorgungsbeziehungen im Zivilrecht übernehmen, allerdings nicht als Mittel zu autonomer Lebensgestaltung, sondern als "rechtsbewußte, auf die freiwillige Einhaltung der sozialistischen Gesetzmäßigkeit abzielende Selbsteinordnung des Bürgers in den besonderen Bereich des sozialistischen Gemeinschaftslebens".

3. Diese beiden Beispiele, das Kommunensystem in Rot-China und das Ringen um die Stellung des Vertrages bei der Schaffung eines neuen Zivilgesetzbuches in der Sowjetzone, zeigen nicht nur, daß die Zulassung von Privatautonomie ein sich jeder Rechtsgemeinschaft stellendes Ordnungsproblem von größter Bedeutung ist.

Noch ein weiteres können wir jetzt schon feststellen: In einer Sozialordnung, die von der Allmacht des Staates oder einer Partei ausgeht, werden die mit diesem Ordnungsproblem verbundenen Fragen anders beantwortet als in einer Ordnung, die der Freiheit des einzelnen einen möglichst großen Spielraum gewährt. Ja, man kann sagen: Je mehr sich der Staat um den einzelnen kümmert, um so weniger bleibt Raum

11) Püschel, NJ 1962 S. 35 ff, 37; vgl. auch Such, ebenda 1950 S. 243 ff

für Privatautonomie und Vertragsfreiheit, je weniger der Staat reglementierend oder auch fürsorgend sich des einzelnen annimmt, um so mehr ist dieser, ob er will oder nicht, auf Privatautonomie, d.h. eigenverantwortliche Lebensgestaltung allein und im Zusammenleben mit anderen angewiesen.

Diese Feststellung bedarf einer wichtigen Ergänzung. Ob bei allgemeiner formeller Gewährleistung der Privatautonomie diese auch für alle Beteiligten tatsächlich besteht, hängt von einer Reihe weiterer Bedingungen ab, insbesondere von der konkreten Wirtschaftsordnung, in der Privatautonomie stattfinden soll.

Das soll an einem weiteren Beispiel¹²⁾ gezeigt werden:

Ein Kohlensyndikat, das einen Markt beherrscht, verkauft aufgrund seiner autonom festgesetzten Geschäftsbedingungen Kohlen an einen Händler, der sich verpflichtet, sie zu den Preisen weiterzuverkaufen, welche das Syndikat festsetzt.

Auch wenn hier formell Vertragsfreiheit garantiert ist, ist der Kohlenhändler tatsächlich weder in der Wahl des Vertragspartners frei, noch kann er Preise und Bedingungen bei Kauf und Weiterverkauf frei aushandeln. Hier besteht zwar "rechtstheoretische", nicht aber "soziologische" Vertragsfreiheit¹³⁾.

Wie daher die Nichtzulassung rechtsgeschäftlicher Privatautonomie mit der Entziehung der rechtlichen und tatsächlichen Herrschaft über Sachen und der Innehabung veräußerlicher Rechte verbunden ist, so ist auch der "Idealtyp" einer auf

12) W. Eucken, Grundzüge der Wirtschaftspolitik, rde. Bd. 81 S. 171.

13) Zu dieser Unterscheidung vgl. Kollmar, Das Problem der Lenkung, Diss. Freiburg i.Br. 1961, S. 121 ff; hierzu Lorenz, AcP Bd. 161 S. 477 f. Sie weist auf die ständige Möglichkeit einer Divergenz zwischen abstrakter Rechtsordnung und zugehöriger Wirklichkeit hin, wobei Recht und Wirklichkeit sich gegenüberstehen "im Verhältnis von Beurteilung und Gegenstand der Beurteilung, von Anforderung und Wirklichkeit, von Sein-sollen und Sein" (F. von Hippel, aaO S. 49).

möglichst weitgehender Privatautonomie aufbauenden Rechtsordnung nicht ohne gleichzeitige "Berechtigungsverteilung" möglich¹⁴⁾.

4. Diese Ausführungen zur Privatautonomie als Organisationsform der Rechtsgemeinschaft sind für das Verständnis des Vertragsbegriffes unseres BGB nötig. Sie weisen aber auch den Weg zu einer Beurteilung der Lehre von der "öffentlichen Daseinsvorsorge". Wie zu zeigen sein wird, liegt ebenso wie der Entscheidung des BGB für eine umfassende Zulassung von Verträgen und damit der Privatautonomie, so auch der Konzeption einer umfassenden "öffentlichen Daseinsvorsorge" jeweils ein ganz bestimmtes Ordnungsprinzip zugrunde, wobei die Verbindung dieser Ordnungsprinzipien in den privatrechtlichen Leistungsverhältnissen im Bereich der "öffentlichen Daseinsvorsorge" bestimmte rechtssystematische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Fragen aufwirft.

II) Der Vertragsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches

1. Der Vertragsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches¹⁵⁾ ist nicht lediglich eine neutrale, rechtstechnische Figur oder ein Mechanismus, der als organisatorisches Mittel mit einer

14) Es handelt sich dabei um die Frage der realen rechtlichen Machtverteilung; vgl. hierzu Fritz von Hippel, aaO S. 129 ff.

15) Zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des Vertragsbegriffs des BGB vgl. insbes. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; derselbe, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 170 ff, 183, 279 ff; derselbe, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Festschr. DJT II, 1960 S. 9 ff.

gewissen "Richtigkeitsgewähr"¹⁶⁾ Gütertausch und Güterumlauf ermöglicht.

Er ist vielmehr als Ergebnis der historisch-systematischen Pandektenwissenschaft und als ein Kind des 19. Jahrhunderts Ausdruck einer liberalen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, ausgerichtet nach einem noch in der Aufklärungszeit wurzelnden, möglichst freien, wirtschaftlich unabhängigen und rechtlich gleichgestellten Menschentyp¹⁷⁾.

Die Zuerkennung der Vertragsfreiheit als der Befugnis, sowohl über das "Ob" als auch über das "Wie" der Rechtsbeziehungen zu anderen zu bestimmen, gehört zu den grundsätzlichen Entscheidungen der Schöpfer unseres Bürgerlichen Gesetzbuches.

16) Diese "Richtigkeitsgewähr" hat insbes. Schmidt-Rimpler, AcP 147 S. 130 ff und im Anschluß an ihn Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 115 ff, hervorgehoben. Dabei wird unter "Richtigkeit" einerseits die ethisch bestimmte Gerechtigkeit in einem eng. Sinne, andererseits aber auch die von der Gemeinschaft hergesehene Zweckmäßigkeit verstanden (Schmidt-Rimpler, S. 192). Sie soll dem "Mechanismus freier Einigung" innewohnen. Das noch bei Grotius und Pufendorf aufgestellte, auf die aristotelische und thomistische Sozialethik zurückgehende Postulat des *justum pretium* und einer objektiven *laesio enormis* steht hingegen zur Pandektistik des 19. Jahrhunderts und zu den §§ 305, 138 Abs. II BGB in Widerspruch; vgl. hierzu besonders Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 172. - Sehr skeptisch zu dem Gedanken der "Richtigkeitsgewähr" Raiser, aaO S. 104.

17) Dazu besonders Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957; Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 1, Tübingen 1950, S. 11.

Die Abschlußfreiheit ist in § 305 BGB ausdrücklich normiert¹⁸⁾.

Die Vertragsfreiheit wird als ursprüngliche und grundsätzlich unbeschränkte Rechtssetzungsmacht des einzelnen verstanden, aus dessen Selbstherrlichkeit sie entspringt. Nur im "Grenzbereich ethischer Minimalforderungen"¹⁹⁾ findet sie ihre Schranken. Innerhalb dieser Schranken aber begegnen sich die einzelnen frei von sozialen Bindungen und regeln nach individuellen Maßstäben, nach ihrem Belieben und ihren Wertvorstellungen die Vielzahl ihrer Bedürfnisse. Dieser Vertragsbegriff bildet im Sinne der klassischen Formulierung Kants den Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann²⁰⁾.

18) B oehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., Tübingen 1965, S. 275, Anm. 63 leitet den Grundsatz der Vertragsfreiheit durch argumentum e contrario aus §§ 134, 138 BGB ab. Das dürfte jedoch allenfalls für die Freiheit der Inhaltsbestimmung zutreffen; aber auch insoweit erscheint die Herleitung durch bloßes argumentum e contrario dem fundamentalen Prinzip der Vertragsfreiheit nicht angemessen. Andere, so z.B. Haupt, ZAKDR 1943 S. 48 ff, und H. Lehmann, Allgem. Teil d. BGB, 14. Aufl., Berlin 1963, S. 128, vertreten die Auffassung, daß der Gesetzgeber den Grundsatz der Vertragsfreiheit stillschweigend vorausgesetzt habe. Richtig dürfte demgegenüber die Ansicht von Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 290, sein, der in § 305 BGB das in eine "schlichte technische Formel" eingekleidete Bekenntnis zur Vertragsfreiheit sieht; so auch Siber, Jher.-Jb. Bd. 70, S. 223 ff (226), und Palandt-Vanckelmann, Kommentar z. BGB, Vorb. 5 zu § 305.

19) Wieacker, aaO S. 290

20) Zu der grundsätzlich asozialen Haltung, welche die Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts weithin beherrscht hat, vgl. insbesondere Fritz von Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseren Privatrechts, Tübingen 1957, S. 44 f und Anm. 34 f, 44; derselbe schon in "Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung", 1930, S. 21 f, jetzt wieder in "Rechtstheorie und Rechtsdogmatik", 1964, S. 13 f, 33 f.

2. Aufgabe des Staates in dieser liberalen Grundkonzeption ist im wesentlichen die Sicherung und Erhaltung einer staatsfreien Individual- und Sozialsphäre²¹⁾. In diesem Sinne hat schon der junge Wilhelm von Humboldt gefordert²²⁾:

"Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist, zu keinem anderen Endzwecke beschränke er ihre Freiheit"

Und siebenzig Jahre später schrieb der als Vorkämpfer eines einheitlichen National-Gesetzbuches bekannt gewordene national-liberale Abgeordnete Eduard Lasker²³⁾ die stolzen Sätze:

"Der wahre Mann ist der selbständige Bürger. Selbständig muß und soll jeder Bürger sein. Denn jeder hat für sein eigenes Wohl zu sorgen. An den Staat hat er keinen anderen Anspruch als Schutz vor verletzender Willkür; dafür hat er dem Staate nicht mehr zu opfern als die Lust, in fremdes Recht einzugreifen. Darauf allein sind die Gesetze, ist die Ordnung des Rechtsstaates gerichtet."

Der "positive Wohlstand" der in ihrer Freiheit und in ihrem Eigentum geschützten Bürger ist hier kein staatspolitisches Problem, sondern eine für jeden einzelnen zumutbare und zu bewältigende Aufgabe.

3. Seinen ökonomischen Ausdruck findet diese Forderung nach Freiheit vom Staat in der Wirtschaftspolitik des Laissez-faire, wie sie von Adam Smith in Fortführung der Lehre der französischen Physiokraten begründet worden ist²⁴⁾.

21) Krüger, DVBl 1951 S. 364, hat zutreffend von einem "Rechtswahrstaat" gesprochen. Zu dem sich daraus ergebenden Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft ausf. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allg. Teil, 8. Aufl. 1961, S. 31 ff mit weiteren Hinw.

22) Wilhelm von Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen des Staates zu bestimmen (1792), in Neuauf. erschienen im Carl-Verlag Nürnberg 1954, S. 59.

23) Zit. nach Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958, S. 7

24) Einen guten Überblick über die Wirtschaftspolitik des Laissez-faire gibt Walter Eucken, aaO S. 34 ff mit ausf. Literaturhinweisen

Diese Lehre ging von der Überzeugung aus, daß sich ohne staatliche Überwachung und Einmischung im Rahmen des Rechts eine gerechte Wirtschaftsordnung von selbst entwickeln würde. Wenn Freiheit bestehe und das Recht gewahrt werde, das war die ideale Vorstellung, dann würde sich von unten her, aus den spontanen Kräften der Gesellschaft, eine zweckmäßige Wirtschaftsordnung von selbst entfalten. Die zueinander in Widerspruch stehenden Kräfte sollten durch den Eigennutz aller sowie durch das wirtschaftlich vernünftige Handeln der Bürger zu einem harmonischen Ausgleich führen. Die Kräfte und die Logik, die Gott in die Dinge hineingelegt hat, sollten zur Geltung gebracht werden²⁵⁾. Daraus sollte eine Harmonie der Interessen jedes einzelnen im Verhältnis zu den Interessen jedes anderen und dem Interesse der Gesamtheit erwachsen.

Diese methaphysische Begründung, die dieser Lehre die große Stoßkraft verliehen hatte, verblaßte freilich im 19. Jahrhundert²⁶⁾. Trotzdem war die Wirtschaftspolitik des Laissez-faire herrschend vom Beginn der großen Reformen des 19. Jahrhunderts bis zum ersten Weltkrieg²⁷⁾.

4. Von hier aus erfolgte die Forderung nach formaler Freiheit und Gleichheit aller Bürger, nach Aufhebung der zahlreichen Regulierungen, Preisfestsetzungen, Verbote, Zwangsverbände usw.

Der Wille des einzelnen wird als Parteiwille zum obersten Richtpunkt der Vertragslehre des BGB, da, ungeachtet der Zweifel, die um die Jahrhundertwende an der Leistungsfähigkeit und an der Gerechtigkeit der liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung laut wurden,²⁸⁾ vorausgesetzt wurde,

25) W. Eucken, aaO S. 34

26) Der Mechanismus freier Einigung enthüllte sich allzuoft als ein für den wirtschaftlich schwächeren Vertrags"gegner" brutales "man nimmt, was man krieget". Vgl. F. von Hippel, Sinnwandel S. 44.

27) W. Eucken, aaO S. 35

28) Raiser, JZ 1958 S. 2

daß jeder für die Wahrung seiner Interessen im Rechtsverkehr selbst sorgen könne und solle.

Von der überragenden Bedeutung des Parteiwillens her mußte die Frage, unter welchen Voraussetzungen und von welchem Zeitpunkt ab eine rechtsgeschäftliche Neuregelung für und gegen die Beteiligten wirksam sein sollte, in den Mittelpunkt aller Überlegungen treten. Die heftige Auseinandersetzung um den Begriff der Willenserklärung zwischen den Anhängern der "Willenstheorie" und denen der "Erklärungstheorie"²⁹⁾ ist von hier aus zu verstehen, aber auch die ausführliche Regelung von Zugang und Widerruf von Willenserklärungen und als Kehrstück die weitgehende Berücksichtigung von Willensmängeln mit der Folge eines genau geregelten Rückabwicklungsverfahrens.

Die Frage, was für Regelungen den Rechtsgenossen als private überhaupt frei gestellt werden sollten³⁰⁾, wird dagegen - für den Bereich des Schuldrechts - ernsthaft gar nicht gestellt. Von der Auffassung der Privatautonomie her als einer ursprünglichen Rechtssetzungsmacht des einzelnen ist sie schon beantwortet, und zwar im Sinne einer umfassenden Zulassung und Anerkennung jedweder privater Neuregelung.

Daher sind die schuldrechtlichen Normen im BGB grundsätzlich als nachgiebiges Recht (*jus dispositivum*) geregelt, so daß die Parteien nach den jeweiligen individuellen Bedürfnissen die vom Gesetz aufgestellten Bestimmungen ergänzen, abändern und ausschließen können³¹⁾.

29) Anhänger der Willenstheorie: Savigny, Windscheid, Zitelmann; der Erklärungstheorie: Bekker, Kohler, Leonhard; vermittelnde Theorien: Bernburg, Regelsberger.

30) Erste von sechs Fragen, deren positivrechtl. Beantwortung das Rechtsgeschäft i.e. Sinne ausmacht; F. von Hippel, Privatautonomie, S. 106 ff (110 - 116).

31) Das dispositive Recht kommt nur unter der doppelten Voraussetzung zum Zuge, daß einerseits ein Vertrag geschlossen wurde und andererseits keine lückenlose Parteiabrede vorliegt; so Fischer, Max, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Züricher Beiträge zur Rechtsw. NF Heft 182, 1952, S. 68 ff

Eine inhaltliche Kontrolle des so Vereinbarten findet grundsätzlich nicht statt³²⁾.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß der Regelung des Vertragsrechts des BGB die Vorstellung zweier ökonomisch und sozial gleichgestellter, im freien Spiel der wirtschaftlichen Kräfte zusammengetretener Vertragspartner als Normalfall zugrunde liegt, die im Wege der Diskussion einen Ausgleich ihrer wirtschaftlichen Bedürfnisse erstreben und danach den Vertrag festlegen³³⁾.

Gegenstand der Regelung ist der Individualvertrag als Hauptstück einer liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Diese Ordnung hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung des Vertragsrechts des BGB vor Augen.

32) Wichtigste Ausnahmen: §§ 134 und 138 BGB.

33) Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, S. 17 f; vgl. zum Vorstehenden auch Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, S. 13 ff.

§ 2 Das Ordnungsprinzip der öffentlichen Daseinsvorsorge

I) Divergenz zwischen abstrakter Anordnung der Vertragsfreiheit und Wirklichkeit

1. Die wirtschaftlichen, soziologischen und rechtspolitischen Voraussetzungen des Vertragsbegriffes des BGB waren weder vor noch nach dessen Erlaß auf allen Gebieten des Rechtslebens und für alle Beteiligten in der vom Gesetz vorausgesetzten Weise gegeben. Von Anfang an bestand die Gefahr einer Divergenz zwischen der abstrakt gegebenen Vertragsfreiheit und der tatsächlichen Möglichkeit, davon Gebrauch zu machen¹⁾. Ob die "rechtstheoretische" Privatautonomie sich auch in Wirklichkeit als "soziologische" Privatautonomie auswirken kann, hängt, wie wir gesehen haben, wesentlich von der bei ihrer Proklamierung bestehenden realen Güterverteilung ab.

Allerdings ist zu berücksichtigen, daß mit der Wiederherstellung individueller Freiheit auch die eigene Arbeitskraft und deren Verwendung zur Verfügung des einzelnen gestellt wurden. Auch das ist bereits ein sehr erhebliches "Gut"^{1a)}. Voraussetzung sind jedoch auch hier wirtschaftliche Verhältnisse, die tatsächlich eine freie Wahl des Arbeitsplatzes zulassen und eine entsprechende Bezahlung jedweder Arbeit gewährleisten. Es war daher ein verhängnisvoller Irrtum zu glauben, daß aus der abstrakten Anordnung der Vertragsfreiheit auch tatsächlich allgemein das Statthaben eines echten rechtsgeschäftlichen Verkehrs folgen

1) Vgl. hierzu oben, § 1, S. 8, insbes. Anm. 13

1a) Das zeigt heute bereits die typische Lage eines jeden einigermaßen gut Ausgebildeten. Er vermag schon auf dieser Grundlage - und nicht etwa, weil man ihm sonstige Materie in besonderem Umfang zugeteilt hätte - Stellungen und Mittel fast beliebiger Art zu erreichen.

müsse²⁾.

Für eine privilegierte Schicht von Privateigentümern mußte die Zulassung eines allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehrs eine andere Auswirkung haben als für die breite Schicht der Besitzlosen und Ungebildeten. Und von hier aus war es dann möglich, daß sich trotz formal-juristischer Garantie der Freiheit und Gleichheit eine "moderne Form der Sklaverei und der Kinder- und Frauenarbeit" erhalten konnte, die zu den schmachvollsten Erscheinungen der Neuzeit zählt³⁾.

2. Es wäre sicherlich völlig verfehlt, wollte man angesichts dieser harten Kritik Privatautonomie und Vertragsfreiheit verdammen und sie im Sinne kommunistischer Auffassung nur noch als ein Ausbeutungsinstrument in der Hand des jeweils stärkeren betrachten⁴⁾.

2) Hierzu auch Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl., Tübingen 1956, 2. Halbbd. S. 454 ff, sowie ausf. Kollmar, Das Problem der Lenkung, S. 121.

3) Fechner, Rechtsphilosophie (Soziologie und Methaphysik des Rechts), Tübingen 1956, S. 274.
Seinen wohl schärfsten Gegner hat die liberale Grundkonzeption des BGB in dem Wiener "Kathedersozialisten" Anton Menger gefunden. In seiner gegen den Ersten Entwurf gerichteten Kampfschrift "Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen" (1890, 5. Aufl. Tübingen 1927) erkennt er, daß die abstrakte privatrechtliche Gestaltungsfreiheit bei wirtschaftlich ungleicher Ausgangslage zur Unfreiheit des Schwächeren und zu Klassenherrschaft der Besitzenden führen könne und daß, wie Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierteter Vertrag, Jena 1920, S. 3, es später ausdrückte - jedoch ohne die radikalen Folgerungen von Menger zu ziehen - "im Namen der Vertragsfreiheit die Vertragsfreiheit sabotiert werden kann". Erwähnt sei hier auch das bekannte Wort von Anatole France, der den sozialrevolutionären Dichter Choulette über die abstrakte Anordnung der Freiheit und Gleichheit höhnen läßt über die "majesteuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain". Le Lys rouge, chap. VII

4) Wie verhängnisvoll dieser Irrtum allein auf wirtschaftlichem Gebiet ist, von menschlichen Problemen abgesehen, zeigen deutlich die Erfahrungen, die in der Sowjetzone, aber auch im Ostblock mit der "Bauernlegung" und der Einführung des Kolchosensystems gemacht wurden; hierzu F. von Hippel, Sinnwandel S. 8.

Deutlich wird jedoch eines: Sofern eine Rechtsordnung die Privatautonomie zuläßt, kann sie es nicht ohne gleichzeitige Inhaltsbestimmung, Begrenzung, Lenkung und Korrektur tun.

Diese Einsicht mußte besonders auf dem Gebiet erwachsen, mit dem wir uns jetzt zu befassen haben, dem Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge.

II) Der gesellschaftspolitische, wirtschaftliche und soziologische Hintergrund der Lehre von der öffentlichen Daseinsvorsorge

1. Der Dualismus zwischen einer als vorausgesetzte Gegebenheit behandelten intakten bürgerlichen Gesellschaft, die im Glauben an das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte und an eine Interessenharmonie eifersüchtig auf die Erringung und Erhaltung einer staatsfreien Individual- und Sozialsphäre bedacht war, und dem Staat, dem die berühmte Lassalle'sche Nachtwächterrolle zukommen sollte, war, wie wir gesehen haben, kennzeichnend für den liberalen Rechtsstaat.

Spätestens seit dem ersten Weltkrieg ist hier eine Änderung eingetreten. Immer mehr wuchs der Staat (i.w. Sinne) aus der Rolle des bloßen Ordnungsgaranten in die des Mitgestalters und Trägers einer angemessenen Sozialordnung.

Es ist dies der Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat oder, um einen plastischeren Ausdruck zu gebrauchen, zum Wohlfahrtsstaat neuzeitlicher Prägung. Dabei darf das Wort Wohlfahrtsstaat nicht im Sinne eines "Rentenempfänger- und Armsüppchenstaates" mißdeutet werden⁵⁾. Es weist vielmehr hin auf umfassende Planungen, Lenkungen und Leistungen des Staates im Interesse der Gesellschaft und des einzelnen.

5) Dürig, JZ 1953 S. 193; vgl. auch Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, Berlin 1913

Ihr Ausmaß wird deutlich an Hand folgender Zahlen :

1960 gingen etwa 40 % des Bruttosozialproduktes irgendwie durch die öffentliche Hand (1910 waren es erst 10 %), wobei : in den Bundes- und Länderhaushalten (ohne die übrigen Anstalten und Körperschaften, z.B. Sozialversicherungsträger und Gemeinden) 22 % durch Soziallasten und 11 % durch soziale Kriegsfolgelasten beansprucht wurden .

In gleicher Zeit ist der Staat zum größten "Unternehmer" geworden und der Wirtschafts- und Industriebesitz von Bund, Ländern und Gemeinden, der nach dem Kriege auf die Summe von 28 Milliarden RM angewachsen ist, vermehrt sich trotz aller Privatisierungsbemühungen scheinbar zwangsläufig jährlich um 300 bis 500 Millionen DM ⁶⁾.

Diese Entwicklung ist sicherlich teilweise dadurch bedingt, daß das System der freien Bedarfsdeckung innerhalb einer autonomen Wirtschaft durch die Auswirkungen zweier Weltkriege empfindlich gestört wurde und in den Jahren von 1933 bis 1948 durch eine zentral gelenkte Verwaltungswirtschaft ersetzt war. Insoweit würde es sich um das Abfangen vorübergehender Nöte oder um eine zu ändernde Wirtschaftspolitik handeln. Aber damit wäre nur ein Teil der Leistungen der öffentlichen Hand erfaßt.

Die eigentlichen Ursachen reichen weiter. Sie liegen vor allem in den "beispiellosen Wandlungen" (A. Gehlen), denen unser Dasein durch den industriell - technischen Prozeß unterworfen worden ist.

In Deutschland hat sich hier eine Entwicklung vollzogen vom Agrar- zum Industriestaat, vom handwerklichen Kleinbetrieb zum wirtschaftlichen Großunternehmen, von der Klein- und Mittelstadt zur Großstadt, von einem staatstragenden und -bestimmenden Patrizier- und Bürgertum

6) G. Frenzel, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Tübingen 1961, S. 4

zu dem von Ortega y Gasset in seinem Buch mit gleichem Titel beschworenen "Aufstand der Massen" ⁷⁾.

2. Diese Wandlungen der sozialen Wirklichkeit sind der Ausgangspunkt der Lehre von der Daseinsvorsorge, wie sie Forsthoff in seiner Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger" (1938) entwickelt hat ⁸⁾.

7) Ortega y Gasset, J., Der Aufstand der Massen, rde Band 10, 1956 (8. Aufl.) 1958 .
Eindrucksvoll zu dieser Entwicklung auch Boehmer, Einführung, S. 78 .
Das Schlagwort von den "Massen" und der "Massengesellschaft" hat sich immer mehr ausgebreitet, insbes. im kulturkritischen Schrifttum; vgl. G. Le Bon, Psychologie der Massen, 2. Aufl. Leipzig 1912, der in der Einleitung (S. 5), sicherlich pessimistisch verallgemeinernd, unser Zeitalter wie folgt zu kennzeichnen versucht: "Eine Zivilisation setzt feste Regeln, eine Disziplin, den Übergang des Instinktiven zum Vernunftmäßigen, die Voraussicht der Zukunft, einen hohen Kulturgrad voraus - Bedingungen, welchen die sich selbst überlassenen Massen niemals zu entsprechen vermögen. Vermöge ihrer bloß zerstörerischen Macht wirken sie gleich jenen Mikroben, welche die Auflösung der geschwächten Körper oder der Leiche zu Ende führen. Ist das Gebäude einer Zivilisation wurmstichig geworden, so sind es stets die Massen, welche dessen Zusammensturz herbeiführen. Jetzt tritt ihre Hauptfunktion zutage, und die Philosophie der Menge erscheint für einen Augenblick als die einzige Philosophie der Geschichte."
Vgl. demgegenüber die vorsichtig-optimistische Deutung des Begriffs der "Massen" bei R. Guardini, Das Ende der Neuzeit, Würzburg 1950, der zwar ebenfalls einen Schwund an "Autonomie" feststellt. Diese habe sich philosophisch in der Theorie vom Subjekt als dem Grund allen Begreifens, politisch im Gedanken der bürgerlichen Freiheiten und lebensmäßig in der Vorstellung ausgedrückt, das menschliche Individuum trage eine innere Gestalt in sich, welche fähig und verpflichtet sei, sich aus sich selbst heraus zu entfalten (S. 67). Beim Menschen der Masse könne dagegen von Subjektivität und Persönlichkeit in diesem Sinne keine Rede mehr sein. Trotzdem trage er in noch entschiedenerer Weise die Chance zur vollen Mündigkeit der "Person" in sich, allerdings nicht im Sinne früherer Persönlichkeitskultur, sondern im "Gegenüber zu Gott, der Unverlierbarkeit der Würde, der Unvertretbarkeit in der Verantwortung" (S. 73). - Sehr kritisch gegen die Verwendung der Begriffe "Massen" und "Massengesellschaft" für den jur. Sprachgebrauch Wieacker, in: Festschr. DJT II, 1960, S. 7.

8) Mit Einleitung und Nachwort 1959 neu erschienen unter dem Titel "Rechtsfragen der leistenden Verwaltung" in: res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Heft 1.

Forsthoff unterscheidet zwischen dem beherrschten und dem effektiven Lebensraum des einzelnen.

Als effektiven Lebensraum bezeichnet er denjenigen, innerhalb dessen sich das Dasein des einzelnen Menschen tatsächlich abspielt. Beherrschter Lebensraum ist derjenige, der dem einzelnen in so intensiver Weise zugeordnet ist, daß er über ihn verfügen und ihn frei beherrschen kann⁹⁾.

Durch den technisch-wirtschaftlichen Prozeß, durch die modernen Produktions- und Kommunikationsmittel, durch die Steigerung und Erweiterung des Bedarfs an Konsumgütern, werde der effektive Lebensraum des einzelnen ständig erweitert, während der beherrschte Lebensraum, in dem die notwendigen Güter durch Nutzung und Verbrauch eigener Sachen beschafft werden können, immer kleiner werde.

Dies habe zur Folge, daß der einzelne die Mittel zur selbstherrlichen, autarken Daseinsermöglichung immer mehr verliere und damit in steigendem Maße darauf angewiesen werde, daß die für das Leben notwendigen Güter zur Verfügung gestellt werden. Die soziale Abhängigkeit, das "Appropriationsbedürfnis" wachse, die entscheidende Frage stelle sich¹⁰⁾: Wer ist für die Befriedigung dieser quantitativ und qualitativ gesteigerten Bedürfnisse verantwortlich?

Auf diese Frage versucht die Lehre von der Daseinsvorsorge eine Antwort zu geben.

Ganz unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Abhängigkeit einer in ihren Gliedern unselbständigen Gesellschaft und sicherlich nicht ohne Berücksichtigung der damals zum

9) Forsthoff, Rechtsfragen, S. 25; derselbe, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958, S. 5, und Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 320 ff.

10) Der Schwerpunkt wird verschoben: "Für die Menschen des 20. Jahrhunderts sind Verkehrsmittel, Wasser, Gas und Elektrizität ebenso wichtig wie Eigentum und Freiheit", Dürig, aaO S. 193.

Durchbruch gekommenen rechtspolitischen Auffassungen eines totalen Herrschaftssystems¹¹⁾, macht Forsthoff den Staat für die Daseinsermöglichung des modernen Menschen verantwortlich: "Der Nationalsozialismus hat diese kollektive Daseinssicherung durch die Solidarität sozialer Gruppen", so schreibt Forsthoff, "aus der sich eine klare Daseinsverantwortung nicht entwickelte, überwunden, in-dem er die Daseinsverantwortung der Träger der politischen Gewalt (Staat und Partei) herstellte"¹²⁾.

Privatinitiative und Privatautonomie verlieren hier als "Kennzeichen der bürgerlichen Epoche" an Bedeutung, das eigentliche Kernstück allen Rechts ist im Zeitalter städtisch geballter Massen deren laufende Daseinsvorsorge durch den Staat und seine Verwaltung als Leistungsträger¹³⁾. Man sollte annehmen, daß Forsthoff diese These seiner Lehre zumindest seit der Ablösung der zentral gelenkten Verwaltungswirtschaft durch die soziale Marktwirtschaft in den Jahren 1948/49 abgeschwächt hätte. Aber noch in einer Schrift aus dem Jahre 1957 können wir lesen¹⁴⁾: "Es wären vielleicht verschiedene Wege denkbar, um dieses Ziel (sc. der Daseinssicherung) zu erreichen. Im Ablauf der Dinge ist hier eine eindeutige Entscheidung gefallen, wenigstens im Bereich der deutschen Staatlichkeit: Dem Staat (im weitesten Sinne des Wortes) ist die Aufgabe und die Verantwortung zugefallen, alles das vorzukehren, was für die Daseinsermöglichung des modernen Menschen ohne beherrschten Lebensraum erforderlich ist. Was in Erfüllung dieser Aufgaben notwendig ist und geschieht, nenne ich Daseinsvorsorge".

11) Aufschlußreich in dieser Hinsicht Forsthoff, Der totale Staat, Hamburg 1933, bes. S. 42: "Der totale Staat muß ein Staat der totalen Verantwortung sein".

12) Rechtsfragen, S. 27

13) ebda. S. 40

14) Daseinsvorsorge und Kommunen, S. 6/7

III) Versuch einer Bestimmung und Abgrenzung des Begriffes der "öffentlichen Daseinsvorsorge"

1. Auf der Grundlage dieser Konzeption einer allumfassenden öffentlichen Daseinsvorsorge ist eine gegenständliche Abgrenzung dieses Begriffes unmöglich. Er kann allenfalls abstrakt als Aufgabe formuliert werden.

Denn es zeigt sich hierbei, daß mit dem Wort "Daseinsvorsorge" die Bezeichnung mannigfaltiger und vielschichtiger Tätigkeiten und Leistungen verknüpft ist, die sich in ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Eigenart zwar beschreiben, sich aber nicht auf einen einheitlichen juristischen Nenner mit faßbarem Inhalt bringen lassen. Es gibt keinen konkretisierten Begriff "Daseinsvorsorge"¹⁵⁾.

Art und Umfang der staatlichen Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge lassen sich nicht allgemein und für immer festlegen. Kriegs- und Notzeiten machen eine Intensivierung der staatlichen Tätigkeit notwendig, auf die in befriedeten und geordneten Verhältnissen wieder verzichtet werden kann. Inwieweit der Staat diese Aufgaben dann wieder aus seiner Regie entläßt, wird nicht zuletzt von der zur Durchführung kommenden Wirtschaftskonzeption abhängen. Die Vertreter einer zentral gelenkten Verwaltungswirtschaft werden hier anders denken als die einer freien Marktwirtschaft.

Von hier aus überrascht es nicht, daß auch die Definitionsversuche, die Forsthoff zu seinem Begriff gegeben hat, ganz im allgemeinen bleiben: ... "Die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen, massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist... Sie geht weit darüber hinaus, was die Versorgungsbetriebe leisten.

15) Fischerhoff, DÖV 1957 S. 313, wendet sich mit beachtliche Gründen gegen die Unterwerfung wirtschaftlicher Vorgänge unter die Gesetze der Verwaltung und hält daher den Begriff "Daseinsvorsorge" im Gegensatz zu Forsthoff und Friesenhahn, Elektrizitätswirtschaft, Jahrg. 1957 S. 12, für den Bereich der öffentlichen Versorgungsleistungen für unanwendbar. Im wesentlichen zustimmend auch Maunz, VwArch. Bd. 50 (1959) S. 315 ff (319)

Hierhin ist nicht nur die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas und Elektrizität zu rechnen, sondern auch die Bereitstellung der Verkehrsmittel jeder Art, die Post, Telefonie, Telegrafie, die hygienische Sicherung, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr."¹⁶⁾

Oder: "Alles, was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Gesichtspunkten bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge"¹⁷⁾.

2. Diese Bestimmung des Begriffs der Daseinsvorsorge, so harmlos sie auch klingen mag, enthält eine ernst zu nehmende und viel zu wenig beachtete Gefahr, zu deren Verdeutlichung noch einmal Forsthoff zitiert werden soll:

"In der Tat fiel der freien Wirtschaft ehemals die Verantwortung für den von ihr zu leistenden Anteil an der Daseinsvorsorge zu... Heute jedenfalls muß eine umfassende politische Daseinsvorsorge, wie sie die reale Lebenssituation bestimmter moderner Völker fordert, über den Aufgabenbereich der überkommenen staatlichen Funktionen hinaus-¹⁸⁾ greifen und sich auch auf das Wirtschaftsleben erstrecken"

Die Lehre von der Daseinsvorsorge enthält weder eine klare Abgrenzung von der individuellen Lebensgestaltung und privaten Bedarfsdeckung¹⁹⁾, noch setzt sie eine innere Schranke für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Denn einmal anerkannt, daß zur Daseinsvorsorge alles gehört, was den einzelnen in den Genuß nützlicher Leistungen bringt,

16) Rechtsfragen, S. 28

17) Lehrbuch, S. 322

18) Rechtsfragen, S. 31

19) "Es dürfte keine Tätigkeit geben, die so uneingeschränkt der "Daseinsvorsorge" dient, wie das Backen und Feilhalten von Brot... Denn niemand sieht wohl in dem Bäckerhandwerk und im Brotverkauf eine Funktion der Verwaltung und niemand, der nicht der planwirtschaftlichen Ideologie verschworen ist, will sie dazu machen. Es liegt also der Lehre von der Daseinsvorsorge die Tendenz zugrunde, mitten in den Wohlfahrts- und Versorgungsstaat hineinzuführen". Frentzel, aaO S. 30.

ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch die Landwirtschaft, der Lebensmittelgroßhandel, die Textilindustrie und die Bauwirtschaft dazugerechnet werden²⁰⁾ sollen, und - soweit auch auf das Kriterium der existentiellen Notwendigkeit der Leistungen der öffentlichen Hand verzichtet wird - auch das Hotel Garni in Davos oder ein anderes Luxusunternehmen, das in der Hand des Staates oder einer wohlhabenden Stadtgemeinde steht.

20) Maunz, aaO S. 319 im Anschluß an die Kritik bei Fischerhoff, aaO.

§ 3 Der Begriff der "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge" in der privatrechtlichen Literatur

I) Beschränkung auf den "klassischen Fall" der Daseinsvorsorge

Es ist erstaunlich, wie wenig Aufmerksamkeit der rechtspolitischen Problematik der Lehre von der Daseinsvorsorge in der privatrechtlichen Literatur bisher geschenkt wurde. Wohl ohne sich über die grundsätzliche Gefährdung des Privatrechts von der oben angedeuteten Konzeption dieser Lehre her immer ganz bewußt zu werden, hat man den aus dem öffentlichen Recht stammenden Begriff viel zu wenig kritisch in das Privatrecht übernommen¹⁾, um sich vornehmlich mit den dogmatischen Schwierigkeiten zu beschäftigen, die sich bei der Einordnung der "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge"

1) Als erster hat Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941/43, den Begriff "Daseinsvorsorge" in das Zivilrecht übernommen: "Es handelt sich dabei in gewisser Hinsicht um die Übertragung derjenigen Grundgedanken in das zivilistische Denken, die Forsthoff in seiner Studie über die Verwaltung als Leistungsträger so eindringlich vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus gefordert hat" (S. 22). Inzwischen hat sich der Ausdruck "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge" in der Literatur zum Problemkreis der "faktischen Vertragsverhältnisse" nahezu allgemein eingebürgert. Vgl. z.B. Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München und Berlin 1963, S. 33 ff; S. 46 ff; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, S. 12 ff; Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt 1957, S. 463 ff; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil des bürgerl. Rechts, 2. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960, § 163, VIII 3a (S. 1016). - Auch der BGH hat den Begriff der Daseinsvorsorge in der abgewandelten Form der "sozialen Daseinsfürsorge" übernommen; BGHZ 21, 319, 333. Gegen die Verwendung dieses Begriffs im Privatrecht F. von Hippel, Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Tübingen 1957, S. 10 f, 18 ff, 53 ff, und Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschr. DJT I, 1960, S. 125, Anm. 58.

in unser Vertragssystem ergeben²⁾.

Unter dem Begriff "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge" werden in der privatrechtlichen Literatur vornehmlich die Leistungsbeziehungen verstanden, die nach Forsthoff³⁾ den "klassischen Fall" der Daseinsvorsorge darstellen: Die Darbietung von Wasser, Gas, Elektrizität sowie Verkehrsmitteln aller Art (insbes. Eisenbahn und Straßenbahn) sowie die entgeltliche Bereitstellung anderer allgemein zugänglicher Leistungen vornehmlich kommunaler Einrichtungen. Eine genaue Abgrenzung dessen, was unter Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge zu verstehen ist, konnte jedoch auch in der zivilrechtlichen Literatur nicht erfolgen, da es, wie Forsthoff selbst schreibt, nicht möglich ist, den Begriff der Daseinsvorsorge selbst unter irgendwelchen quantitativen oder qualitativen Gesichtspunkten zu begrenzen⁴⁾.

Wenn im folgenden von den "Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge" gesprochen wird, so darf dabei nicht übersehen werden, daß die Lehre von der Daseinsvorsorge einen viel größeren Bereich von Tatbeständen erfaßt.

Die Beschränkung auf die unmittelbaren Leistungen insbesondere der kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe gibt jedoch die Möglichkeit einer einheitlichen gegenständlichen Beschreibung der tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten der hier vorliegenden Leistungsbeziehungen⁵⁾.

2) Sicherlich waren auch diese Bemühungen von dem Bestreben geleitet, "das Privatrecht mit Prinzipien des Privatrechts auszuweiten, damit aber zugleich aufrechtzuerhalten", Siebert, Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, in: Festschr. für Niedermeyer, 1953, S. 232.

3) Rechtsfragen, S. 12

4) ebda., S. 12

5) Zur Notwendigkeit einer möglichst genauen Abgrenzung der hier vorliegenden Tatbestände vgl. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 30

II) Versuch einer gegenständlichen Beschreibung der
"Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge"

1. Die rechtliche und tatsächliche Eigenart der "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge" ergibt sich aus der besonderen wirtschaftlichen Funktion, der sie zu diesen bestimmt sind⁶⁾.

Ihre Aufgabe ist nicht in erster Linie der Ausgleich einander widerstreitender Individualinteressen, die Schaffung gewisser Sonderverbindungen unter dem Gesichtspunkt des *do ut des*, die gegenseitige Inanspruchnahme der von der Rechtsordnung eingeräumten Freiheitsbefugnisse, sondern die allgemeine und gleichartige Ermöglichung der Teilhabe aller an den für die physische Existenz nützlichen oder notwendigen Voraussetzungen. Allgemeinzugänglichkeit⁷⁾ und Massenhaftigkeit geben den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge ihr Gepräge⁸⁾.

2. Dem Erfordernis der Allgemeinzugänglichkeit wird dadurch Rechnung getragen, daß in vielen hier in Betracht kommenden Verhältnissen der Leistungsträger einer "sozialen Leistungsverpflichtung", einem durch das Gesetz statuierten Kontrahierungszwang unterworfen ist.

6) Zu folgendem vgl. besonders Siebert, aaO S. 14 ff

7) In diesem Sinne der "Allgemeinzugänglichkeit" ist es zu verstehen, wenn von "öffentlicher" Versorgung und "öffentlichen" Verkehrsbetrieben usw. gesprochen wird. Fischerhof, DÖV 1957 S. 306.

8) Dagegen macht es gerade die Eigenart der hier vorliegenden Leistungsverhältnisse aus, daß sich aus der rechtlichen Organisation der Verkehrs- und Versorgungsträger, die eine große Verschiedenheit aufweist, im Verhältnis zum Benutzer nicht notwendig Unterschiede ergeben. So schon Haupt, aaO S. 25.

a) So ist z.B. die Deutsche Bundesbahn (früher die Deutsche Reichsbahn) nach § 453 HGB als eine "Eisenbahn des öffentlichen Verkehrs" zur Beförderung von Gütern von und nach allen Bahnhöfen und Güternebstellen innerhalb des Deutschen Reiches entsprechend den Beförderungsbedingungen verpflichtet. Nach § 453 HGB i.V.m. § 3 Eisenbahnverkehrsordnung vom 8.9.1938 (RGBl II S. 663) besteht eine solche Abschlusspflicht auch für den Personenverkehr.

b) § 22 Personenbeförderungsgesetz vom 21.3.1961 (BGBl I S. 241) legt eine Kontrahierungspflicht fest für die entgeltliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, mit Obussen und Kraftfahrzeugen (§ 1 Personenbeförderungsgesetz).

c) § 6 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13.12.1935 (RGBl I S. 1451) verpflichtet die Energieträger nach allgemeinen, öffentlich bekannt gegebenen Bedingungen und Tarifen, jedermann an das Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen.

d) Der Anspruch des einzelnen ist ferner ausdrücklich anerkannt und gesichert in den Nachfolgebestimmungen des § 17 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 (RGBl I S. 49), z.B. in § 10, Abs. 2 Gemeinde-Ordnung Baden-Württemberg vom 25.7.1955 (GesBl S. 129) und § 18 Gemeinde-Ordnung Nordrhein-Westfalen vom 28.10.1952 (GesBl S. 176).

Neben diesen und zahlreichen anderen ausdrücklich normierten Kontrahierungspflichten soll sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auch nach der Lehre ein mittelbarer (oder unmittelbarer) Kontrahierungszwang aus der Vorschrift des § 826 BGB für Monopole ergeben⁹⁾.

9) Auf diesem Umweg über die Generalklausel des § 826 BGB erreichte das Reichsgericht (z.B. RGZ 209, 115; 133, 391; HRR 1935 S. 1125) aber nur einen mittelbar wirkenden Zwang zum Vertragsabschluß. Denn wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Abschluß eines Vertrages verweigert, so argumentierte das RG, ist dem anderen Teil nach § 826 BGB zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Ein unmittelbarer Abschlußzwang dagegen wurde vom RG aus § 826 BGB nicht hergeleitet. Demgegenüber hat Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, Jena 1920, insbesondere S. 56, aus § 826 BGB eine positive und unmittelbare Abschlusspflicht herzuleiten versucht. Vgl. den Überblick bei Bülck, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlusspflicht, Heide i. Holstein, 1940 S. 39 - 51; aus neuerer Zeit vgl. Hedemann, der Kontrahierungszwang, Erinnerung und Ausblick, Festschr. für Nipperdey 1955 S. 251 ff

Außerdem, und das scheint uns für die Auffassung von der Bedeutung, die man der Kontrahierungspflicht im Rahmen der Daseinsvorsorge heute beilegt, besonders wichtig zu sein, wird im öffentlichen Recht die Auffassung vertreten, daß dem einzelnen ein klagbarer Anspruch auf Leistung auch durch das Grundgesetz garantiert sei¹⁰⁾.

3. Die Massenhaftigkeit der Leistungsverhältnisse, führt zur Schematisierung sowohl ihres Inhalts als auch der Art ihres Zustandekommens, ein Vorgang, der in bewußter Absetzung zu den oben erläuterten Vertragsverhältnissen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers des BGB auch als Ent-Individualisierung der Leistungsverhältnisse bezeichnet worden ist.¹¹⁾

Das wird zunächst durch die inhaltliche Gleichheit, meist gewährleistet durch die normative Bestimmung der Leistungsbedingungen, erreicht. Wir haben hier eine Parallele zu der Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsbereich.

Durch öffentlich bekannt gegebene Tarife und statutarische Benutzungsordnungen wird allgemeinverbindlich der Inhalt der Leistungsverhältnisse von vornherein bis ins einzelne festgelegt und den Beteiligten die Möglichkeit einer abweichenden Ausgestaltung genommen.

Der "alltätlich gleichförmig wiederkehrende Inhalt wird von den Parteien jeweils einfach übernommen, die Verhandlungen werden auf die Festsetzung des Preises beschränkt oder auch hier durch Tarife ausgeschlossen, die Willensbildung der Partei verflüchtigt sich zu einem mehr oder weniger freiwilligen Sicheinlassen auf ein in seinen rechtlichen Folgen

10) Näher hierzu in § 5 dieser Arbeit

11) Im jur. Schrifttum findet sich daher auch die Bezeichnung "Massenverkehr" und "Massenvertrag"; vgl. z.B. Bärman, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Karlsruhe 1948 S. 91; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, S. 33, und Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935, S. 17

nicht übersehenes, nur als typisch begriffenes Lebensverhältnis"¹²⁾.

Eine Abgabe dahingehender, ausdrücklicher Willenserklärungen bei der Begründung solcher Leistungsverhältnisse findet daher häufig nicht statt. Äußerlich in Erscheinung tritt dann nur die tatsächliche Inanspruchnahme der allgemein angebotenen Leistung.

Wenn wir auch hier nach dem inneren Rechtfertigungsgrund dieser Schematisierung fragen, dann können wir uns nicht mit der in der Literatur, soweit ersichtlich allein gegebenen Antwort, die Schematisierung sei durch das Erfordernis des schnellen und reibungslosen Ablaufs begründet, begnügen.

Auch hier wird, wie näher zu zeigen sein wird¹³⁾, der Gleichheitssatz zum Tragen kommen.

12) Raiser, aaO S. 17 f, der seinerseits verweist auf Rosenstock, Vom Industrierecht, 1926, S. 170 ff, 182. Vgl. Siebert, aaO S. 15

13) In § 5 dieser Arbeit

Z w e i t e s K a p i t e l

Die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in der Übergangszone zwischen öffentlichem und privatem Recht

§ 4 Die rechtssystematische Einordnung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge

I) Der "Totalitätsanspruch" des öffentlichen Rechts

1. In seinem Lehrbuch stellt Forsthoff den lapidaren Satz auf: "Alle öffentliche Daseinsvorsorge ist öffentliche Verwaltung, gleichgültig in welchen Formen sie ausgeübt wird"¹⁾.

Damit wird eine rechtssystematische Entscheidung von größter Tragweite wenn nicht getroffen, so doch zumindest angebahnt und gefördert:

Indem der Bereich der Daseinsvorsorge insgesamt zur öffentlichen Verwaltung gezählt wird, werden die mannigfaltigen und vielschichtigen Tätigkeiten, die dieser Begriff zusammenhalten soll, grundsätzlich auch privatrechtlicher Betrachtungsweise entzogen. Soweit aber auch der letzte Schritt in dieser Richtung, nämlich der zum öffentlichen Recht, nicht gemacht werden kann, soll es sich lediglich noch um die "Formen des Privatrechts"²⁾ handeln; das Privatrecht wird zum bloßen "Mittel der öffentlichen Verwaltung"³⁾ oder zum "Verwaltungsprivatrecht" degradiert⁴⁾, das ebenso gut, wenn nicht noch besser und angemessener durch öffentlich-rechtliche Ausgestaltung ersetzt werden könnte.

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd., Allg. Teil, 8. Aufl. 1961, S. 322. Zum Beweis der Richtigkeit dieses Satzes glaubt er auch Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd.1 S. 1 (nicht Bd. 2 S. 274 ff) hinter sich zu haben, und zwar wegen seiner Feststellung: "Die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke ist von Natur öffentliche Verwaltung".

2) Forsthoff, aaO S. 323

3) Siebert, Festschr. f. Niedermeyer, 1953, S. 215 ff (222)

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. München 1961, § 23, II, 2 b

Für diese Entwicklung vom Privatrecht zum öffentlichen Recht scheint uns die Forsthoff'sche These von der Identität der Daseinsvorsorge mit öffentlicher Verwaltung zumindest den Weg geebnet zu haben⁵⁾.

2. Das beweist insbesondere die Argumentation, mit der Löning⁶⁾ schon im Jahre 1942 den "Totalitätsanspruch" (Bärman) des öffentlichen Rechts zu begründen versucht hat.

Löning geht hier unter ausdrücklicher Berufung auf Forsthoff von der These aus, daß es Aufgabe der Verwaltung sei, die Daseinsvorsorge des Menschen im modernen Staat zu gewährleisten. Er übersieht dabei nicht, daß Träger dieser Daseinsvorsorge nicht nur Anstalten des öffentlichen Rechts (z.B. Bundesbahn und Bundespost) oder die Kommunen oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind, sondern daß "Unternehmen der Daseinsvorsorge" sich auch - und wie Löning feststellt "noch(!)" - in privater Hand befinden. Aber diese Unterscheidungen verwischen sich für ihn völlig. Von der Überlegung aus, daß alle diese Unternehmen der Daseinsvorsorge und damit einer öffentlichen Funktion zu dienen haben⁷⁾, postuliert er auch ihre globale Unterstellung unter das öffentliche Recht:

Denn, "einmal anerkannt, daß sie eine öffentliche Aufgabe durchführen, daß sie den Abnehmern nicht nur kraft Mißbrauchs und kraft Anmaßung obrigkeitlich gegenüberstehen, hieße es den wirklichen Sachverhalt hinter der

5) In diesem Sinne auch Maunz, VwArch Bd. 50 (1959), S. 317 ff; Fischerhof, DÖV 1957 S. 305 ff (312 f); Frentzel, Wirtschaftsverfassungsrechtl. Betrachtungen, S. 30 f

6) ZAkDR 1942 S. 289 f

7) Forsthoff, aaO S. 324, hat von einer "Indienststellung", d.h. in den Dienst der Daseinsvorsorge genommenen Stellung der privaten Unternehmungen gesprochen. Und entspr. hat Friesenhahn f.d. Bereich d. Energieversorgung festgestellt, sie stehe in einer "spezifischen Nähe" zur Hoheitsverwaltung, sei für eine Aufgabe der öffentl. Verwaltung in Pflicht genommen. Elektrizitätswirtschaft 1957 (56. Jahrg.) S. 13/14. Dagegen Ballerstedt und Ruzek, ebda. S. 21/23.

bloßen (wenn auch selbst gewählten) äußeren Form zurückstellen, wenn man hier die Frage des Rechtsweges nach dieser äußeren Form entscheiden wollte... Die Frage ist in das öffentliche Recht abgewandert" 8)

Indem Löning allen Betrachtungen über die Daseinsvorsorge ihre angeblich öffentliche Funktion zugrunde legt, kann es sich für ihn nicht mehr darum handeln, eine Wahl zwischen öffentlichem und privatem Recht zu treffen. Eine solche Unterscheidung ist für ihn im Bereich der Daseinsvorsorge nur ein "Beharren in hergebrachten, aber überholten Denkformen und die nur äußerlich noch existierenden Unterschiede der Form sind nicht mehr imstande, einen inneren Unterschied zu motivieren"⁹⁾.

3. In neuerer Zeit haben sich insbesondere Eyermann-Fröhler¹⁰⁾ dafür eingesetzt, daß die Benutzungsverhältnisse der Versorgungsbetriebe zu ihren Abnehmern öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden. Allerdings wird hier - im Gegensatz zu Löning - unterschieden, ob die Unternehmen von der öffentlichen Hand oder von Privatpersonen betrieben werden. Im letzteren Fall sehen Eyermann-Fröhler von ihrer Forderung nach öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung ab, obwohl sie die Tätigkeit dieser privaten Unternehmen, soweit sie der "Daseinsvorsorge" dienen, an sich auch zu den Obliegenheiten der öffentlichen Hand rechnen¹¹⁾. Soweit Träger der Unternehmen aber der Staat oder die Kommunen sind, soll es nicht darauf ankommen, in welcher Rechtsform sie geführt werden. Auch wenn sie als selbständige Rechtssubjekte des privaten Rechts ausgestaltet sind (wie z.B. zahlreiche Elektrizitätswerke als Aktiengesellschaften) könne es der öffentlichen

8) Löning, aaO S. 189, Sp. 2

9) Löning, aaO S. 289, Sp 2; vgl. hierzu die Erwiderung von Wieacker in ZAkDR 1943 S. 36

10) Kommentar z. VwGO, 3. Aufl. München 1962, Ziff. 6 zu § 40 (Rdnr. 52)

11) aaO

Verwaltung nicht gestattet sein, durch bloße Auswechslung der Rechtsform ihrer spezifischen Verantwortung auszuweichen. Diese Gefahr sehen Eyermann-Fröhler, allerdings ohne eine Begründung dafür zu geben, bei privatrechtlicher Ausgestaltung des jeweiligen Benutzungsverhältnisses.

Offensichtlich hat auch hier Forsthoff's Lehre von der Daseinsvorsorge Pate gestanden, denn ausdrücklich heißt es: "Das Tätigwerden der öffentlichen Hand auf diesen Gebieten ist der Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit zuzurechnen und gehört daher dem öffentlichen Recht an"¹²⁾.

4. Damit werden auch hier aus dem Begriff "Daseinsvorsorge" ganz konkrete Folgerungen gezogen, nämlich die Unterstellung unter das öffentliche Recht. Der Weg ist dabei folgender: Um gewisse soziologische Veränderungen, die sich im Verhältnis Staat-Gesellschaft aufgrund des technisch-wirtschaftlichen Prozesses ergeben haben, rechtlich zu erfassen, wurde von Forsthoff der Begriff "Daseinsvorsorge" gebildet. Inhaltlich ist mit diesem Begriff die Bezeichnung sehr verschiedenartiger Tätigkeiten gemeint, die zusammengehalten werden durch den Zweck, dem sie zu dienen haben, nämlich dem einzelnen nützliche, mitunter sogar notwendige (existentielle) Leistungen zu gewähren. Dieser gleiche Zweck, der in sich wieder sehr unbestimmt ist, wird zum alleinigen Maßstab für die Einheitlichkeit der rechtlichen Ausgestaltung gemacht.

Es wird dabei jedoch übersehen, daß das Wort von der Daseinsvorsorge lediglich eine wissenschaftliche Idee ist ohne verbindlichen (normativen) Charakter. "Auch eine noch so gut entwickelte Idee ist kein Gesetz. Aus ihr kann man keine Rechtsfolgen ableiten"¹³⁾.

12) Eyermann-Fröhler, aaO Rdnr. 52

13) Maunz, VwArch, Bd. 50 (1959), S. 320: "Daseinsvorsorge ist mithin ein soziologischer Begriff, aber kein rechtsnormativer, der verlangen könnte, aus ihm unabweisliche rechtliche Konsequenzen zu ziehen".

Darin liegt die Unhaltbarkeit dieser Argumentation und all jener Versuche, den ganzen Bereich der Daseinsvorsorge in toto dem öffentlichen Recht zuzuweisen.

Methodisch ist die Argumentation insbesondere bei Löning gekennzeichnet durch eine unzulässige und mit der Vielfalt der Rechtsformen, wie sie - historisch gewachsen - gerade im Bereich der Daseinsvorsorge uns begegnet, nicht zu vereinbarende Verallgemeinerung und Schematisierung. Das Entweder-Oder ist gerade in diesem Bereich absolut unzutreffend ¹⁴⁾. Denn gerade hier überschneiden und durchkreuzen sich öffentlich-rechtliche Elemente und privates Recht. Sie schließen sich gegenseitig nicht aus, sondern verbinden sich miteinander, wobei gerade die Schwierigkeit darin besteht, zwischen diesen beiden Bereichen unseres Rechtssystems klare Grenzen zu ziehen ¹⁵⁾.

II) Die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre

Der hier vorliegenden Vielfalt sucht die durchaus herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Lehre gerecht zu werden.

Danach kann das Leistungsverhältnis zwischen dem jeweiligen Leistungsträger und seinen Abnehmern sowohl bürgerlich-rechtlich als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden.

14) So schon Wieacker, aaO S. 36

15) Basler, Öffentl. Dienst privater Betriebe, in: Festschr. f. List (1957) S. 175, führt diese Schwierigkeiten auf die moderne techn. Entwicklung und - insoweit ebenf. Forsthoff's Gedanken folgend - auf die Abhängigkeit des einzelnen von den Leistungen der Versorgungsunternehmen zurück. "Denn die moderne Entwicklung hat die Grenzen der ... zivilrechtl. und öffentl.-rechtl. Dogmatik und Systematik überschritten. Es ist eine unheilvolle Fehlmeinung, dieses Neuland unseres techn. Zeitalters mit veralteten Theorien und Konstruktionen rechtl. befruchten zu können. Diese Meinungen enden zwangsläufig in den "Trockengebieten juristischer Fiktionen" "; unter näher nicht begründeter Berufung auf F. von Hippel, Privatautonomie.

Es kommt ausschließlich auf die Gestaltung des Benutzungsverhältnisses im Einzelfall an, nicht dagegen auf den rechtlichen Charakter des Unternehmensträgers, auf die rechtliche Form seiner Organisation und auch nicht auf seine Zielsetzung¹⁶⁾. Dabei kann es als Regel angesehen werden, daß das Leistungsverhältnis zwischen einem privatrechtlich organisierten Leistungsträger und seinen Abnehmern oder Benutzern, gleichviel, ob es sich um ein privatwirtschaftliches Unternehmen der öffentlichen Hand, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen oder um ein reines Privatunternehmen handelt, immer ein privatrechtliches Verhältnis darstellt¹⁷⁾.

Umgekehrt gibt es jedoch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung und Rechtsform des Unternehmens keine Vermutung für die öffentlich-rechtliche Natur auch des Leistungsverhältnisses. Hier ist also jeweils zu untersuchen, ob nach dem Willen des Leistungsträgers die Inanspruchnahme auf dem Boden des öffentlichen oder des privaten Rechts erfolgen sollte.

16) Hierzu insbes. Siebert, Festschr. f. Niedermeyer 1953, S. 223 ff; über die Rechtsgestalt von Bundesbahn und Bundespost und der jeweiligen Nutzungsverh. vgl. Boehmer, Grundlagen, 1. Buch, Tübingen 1950, S. 186, 194. Über die privatrechtl. Natur der Personen- und Güterbeförderung bei der Bahn vgl. bes. RGZ 161, 341; 162, 346; 169, 379; BGHZ 2, 37; BGH v. 30.11.1959 in BB 1960 S. 420. Gegen die Auffassung des Reichsgerichts z.B. W. Weber, ZAKDR 1939 S. 679. Vgl. ferner: für ein städt. Elektrizitätswerk, BGH vom 25.4.1954, NJW 1954, S. 1323; für ein städt. Wasserwerk, BGH v. 9.5.1955, NJW 1955 S. 1105; für eine gemeindl. Straßenbahn, BayVerfGH v. 20.6.1956 in Entsch. BayVerwGH u. VerfGH Bd. 9, II, S. 114. Weitere Nachweise finden sich in den Kommentaren zur VwGO, z.B. Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, Anm. XI, 2a zu § 40; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, 1960, Anm. B I, 1 zu § 40; Schunck de Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, 1961, Anm. 4a bb) zu § 40.

17) "Dem steht nicht entgegen, daß die Energieversorgung auch in diesen Fällen angesichts der Abhängigkeit der einzelnen von dem Energiebezug eine Aufgabe öffentl. Daseinsvorsorge ist; denn ein solcher Dienst an den öffentl. Interessen macht für sich allein eine Tätigkeit noch nicht zu einer solchen des öffentl. Rechts" E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. Bd., Tübingen 1953 S. 590

III) Privatrecht als "Mittel" der öffentlichen Verwaltung - "Verwaltungsprivatrecht"

1. Um die weitere rechtssystematische Einordnung der privatrechtlich ausgestalteten Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge haben sich insbesondere H.J. Wolff und Siebert bemüht¹⁸⁾.

Obwohl beide Autoren von verschiedenen Disziplinen her vorgehen (Wolff vom öffentlichen Recht, Siebert vom Privatrecht her), stimmen sie darin überein, daß es sich bei diesen Leistungsbeziehungen um eine Übergangszone handelt, in der Privatrecht und öffentliches Recht eng miteinander verflochten sind. Um diese Verflechtung der beiden Rechtsgebiete zum Ausdruck zu bringen, spricht Wolff von "Verwaltungsprivatrecht", während bei Siebert das Privatrecht als ein "Mittel der öffentlichen Verwaltung" erscheint.

2. Wolff geht von der im öffentlichen Recht herkömmlichen Unterscheidung zwischen fiskalischer und hoheitlicher Verwaltung aus. Zur fiskalischen Verwaltung im weiteren Sinne rechnet er jede Betätigung von Verwaltungsträgern, soweit sie sich privatrechtlicher Formen bedienen..., "da der Staat als Privatrechtssubjekt Fiskus genannt wird"¹⁹⁾. Zur hoheitlichen Verwaltung rechnet er jede Betätigung von Verwaltungsträgern, soweit sie sich der Formen des Verwaltungsrechts bedienen²⁰⁾, wobei im Anschluß an Jellinek zwischen obrigkeitlicher (in Ausübung obrigkeitlicher Gewalt) und schlichter Hoheitsverwaltung unterschieden wird²¹⁾. Der Ort des "Verwaltungsprivatrechts" ist danach die fiskalische Verwaltung im weiteren

18) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, I, 4. Aufl. München u. Berlin 1961, § 23, insbes. II, 3b; Siebert, aaO S. 215 ff. Vgl. hierzu Wertenbruch, JUS 1961 S. 105 ff und Schaumann, ebda. S. 110 ff

19) aaO § 23, Ia)

20) aaO § 23, IIIb)

21) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Offenburg 1948, § 2

Sinne, genauer: Das Verwaltungsprivatrecht liegt zwischen einem typischen Fiskalbereich im engeren Sinne, worunter Wolff die Hilfgeschäfte von Verwaltungsträgern²²⁾ sowie die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand versteht, und dem Bereich der schlicht-hoheitlichen Verwaltung.

Verwaltungsprivatrecht liegt danach vor, wenn ein Träger öffentlicher Verwaltung in privatrechtlichen Formen nicht erwerbswirtschaftlich tätig wird, um unmittelbar öffentliche Verwaltungs-, Leistungs- und Lenkungsziele zu verfolgen. Die Besonderheit dieses Verwaltungsprivatrechts sieht Wolff darin, daß die Verwaltungsträger hier nicht im Vollgenuß rechtsgeschäftlicher Privateautonomie sind, sondern etlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen. Das gelte "sowohl für die Lebensvorsorge zur Verkehrs-, Wasser-, Gas- und Stromversorgung als auch für die Wirtschaftslenkung durch Subventionen, Bürgschaften, Wohnungsdarlehen u.a."²³⁾.

Die Leistungsbeziehungen zwischen den öffentlichen Verkehrs- und Versorgungsbetrieben und ihren Abnehmern, soweit sie privatrechtlich ausgestaltet sind, sind also der eigentliche Bereich des Verwaltungsprivatrechts.

3. Siebert unterscheidet in seiner grundlegenden Untersuchung über "Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung" fünf Bereiche, wobei er von der Unterscheidung des privaten vom öffentlichen Recht als einem positiv-rechtlich geregelten Faktum ausgeht²⁴⁾ (vgl. § 13 GVG, § 40 VwGO).

22) Vgl. hierzu die Beispiele bei Maunz-Dürig, Das Grundgesetz 1960, Art. 1, Abs. 3 (Rdnr. 136: Finanzamt kauft Kohle, Behörde läßt Dienstwagen reparieren).

23) Wolff, aaO § 23, II, 2b)

24) Siebert, aaO S. 221 - Übersicht über die Theorien zur Unterscheidung von Privatrecht und öffentl. Recht z.B. bei G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (7. Neudruck) 1960, S. 384 ff; Molitor, Über öffentl. Recht und Privatrecht, 1949; H.J. Wolff, AöR 76, S. 205 ff; Siebert, DÖV 1959 S. 733 ff - weitere Hinw. bei Siebert, Festschr. f. Niedermeyer, S. 215/216, insbes. Anm. 2 und 3 sowie Wertenbruch, aaO S. 106

Er kennzeichnet seine erste Kategorie als "reines Privat-²⁵⁾ recht unter Privaten". Hier sei zwar eine Lenkung durch die öffentliche Verwaltung möglich (z.B. behördliche Genehmigung), aber die am Rechtsgeschäft Beteiligten sind und bleiben Privatpersonen, die private Interessen verfolgen. "Ein Fiskus ist hier im reinen Privatrecht nicht zu Hause"²⁵⁾, denn auch wenn sich der Staat als Fiskus in privatrechtlichen Formen betätigt, ist er nach der herrschenden Auffassung nicht in allen Punkten wie eine Privatperson zu behandeln²⁶⁾.

Erst die zweite Kategorie bildet daher die fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand, wobei sich dieser Bereich mit dem Fiskalbereich im engeren Sinne bei Wolff deckt.

Die dritte und für unsere Untersuchung wichtige Kategorie klammert Siebert deutlich im Gegensatz zu Wolff aus dem Fiskalbereich aus. Hier erscheint das Privatrecht unverhohlen als "Mittel der öffentlichen Verwaltung" und hierzu sollen gehören die "pflegende, fördernde, schützende Verwaltung, insbesondere Daseinsvorsorge", soweit es sich um die Förderung öffentlicher Zwecke mit privatrechtlichen Formen handelt²⁷⁾.

Der Vollständigkeit halber sei angeführt, daß Siebert in Übereinstimmung mit Wolff durch die Kategorie der nicht-obrigkeitlichen (schlicht-hoheitlichen) Verwaltung und durch die obrigkeitlich-hoheitliche Verwaltung ergänzt.

Ogleich Siebert, als er dieses Kategorien-Bild entwarf, das Wolff'sche Verwaltungsprivatrecht nicht kennen und daher auch keine Stellung zu diesem Begriff nehmen konnte, wird aus der allgemeinen Kennzeichnung seiner dritten Kategorie und bei einem Vergleich der jeweils angeführten Beispiele deutlich, daß Siebert das Verwaltungsprivatrecht in seine dritte Kategorie eingeordnet hätte²⁸⁾.

25) Wertenbruch, aaO S. 106

26) Schrifttumsübersicht bei Dürig, Grundrechte u. Zivilrechtsprechung, in: Festschr. f. Nwiasky, 1956, S. 186, Anm. 64 u. 65

27) Siebert, aaO S. 222

28) Wertenbruch, aaO S. 107

Zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge, die mit den "Mitteln des Privatrechts" erfüllt werden können, rechnet Siebert den öffentlichen Verkehr und die Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität, Gas und Wasser. Dies eben ist, wie wir gesehen haben, der eigentliche Bereich des Verwaltungsprivatrechts, wie Wolff es gekennzeichnet hat.

4. Mit der Umschreibung "Verwaltungsprivatrecht" und "Privatrecht als Mittel der öffentlichen Verwaltung" ist gegenständlich dasselbe gemeint, nämlich jegliche Tätigkeit eines Verwaltungsträgers, die zwar in privatrechtlichen Gestaltungsformen abläuft, jedoch unmittelbar öffentlichen Zwecken dient. Beide Begriffe umfassen insbesondere die privatrechtlichen Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge. Beide Begriffe dienen dazu, diesem Bereich von der fiskalischen Verwaltung im engeren Sinne einerseits und von der hoheitlichen (mit öffentlich-rechtlichen Mitteln durchgeführten) Verwaltung andererseits abzugrenzen.

Ob eine solche Abgrenzung bereits endgültig gelungen und ob die Grenzziehung überhaupt scharf durchführbar ist, ist sowohl nach der einen (erwerbswirtschaftlichen) wie nach der anderen (öffentlich-rechtlichen) Seite hin fraglich. Ein aus echtem Vorsorgebedürfnis heraus entstandener öffentlicher Versorgungsbetrieb kann durch wirtschaftliche Veränderungen zum vorwiegend erwerbswirtschaftlichen werden und umgekehrt.

Und ebenso wird die Überlagerung privatrechtlicher Gestaltung eines Leistungsverhältnisses mit öffentlich-rechtlichen Elementen immer die Gefahr heraufbeschworen, daß das "Verwaltungsprivatrecht" seinen Charakter als Privatrecht teilweise oder sogar ganz

verliert²⁹⁾.

Diese Feststellung soll den Versuchen von Siebert und Wolff nach einer rechtssystematischen Erfassung der hier vorliegenden Leistungsverhältnisse nicht etwa ihre Berechtigung absprechen. Es soll nur daran erinnert werden, daß die Grenzen flüssig sind, eine Bestätigung der obigen Feststellung, daß wir uns im Bereich der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in einer Übergangszone zwischen öffentlichem und privatem Recht befinden. Diese Bedingtheit einer scharfen Abgrenzbarkeit muß man sich vor Augen halten, wenn wir uns nunmehr mit der Anwendung des Gleichheitssatzes im Bereich des Verwaltungsprivatrechts befassen³⁰⁾.

29) Die Grenzen verwischen sich aber auch deshalb, weil von öffentlich-rechtlicher Seite her eigenständige Rechtsformen in Anlehnung an das Privatrecht zur Erfassung der hier vorliegenden Tatbestände gebildet worden sind, insbesondere die Rechtsfigur des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Vgl. hierzu Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920; derselbe, AöR 84 (1959) S. 249 ff; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958; Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Berlin 1958; Stern, VwArch Bd. 49 (1958), S. 106 ff.

30) Zu dieser mit einer genauen Abgrenzung des Begriffs "Verwaltungsprivatrecht" im Hinblick auf die Grundrechtsanwendung verbundenen Schwierigkeit: Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München 1960, S. 201 f, der eine Abgrenzung des "Privatverwaltungsbereichs" für unmöglich hält.

§ 5 Der Gleichheitssatz im Bereich des Verwaltungsprivatrechts

I) Die Problematik

Nach Art. 1, Abs. 3 GG sind Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

Von hier aus kann nicht angezweifelt werden, daß die Verwaltung als Teil der vollziehenden Gewalt an die Grundrechte gebunden ist, sofern sie sich hoheitlich betätigt. Dies gilt nicht nur für die obrigkeitliche Eingriffsverwaltung, sondern auch für die schlicht-hoheitliche Leistungsverwaltung¹⁾. Problematisch wird die Frage der Grundrechtsbindung jedoch, wenn sich die Verwaltung der Formen des Privatrechts bedient, also im Bereich des Verwaltungsprivatrechts.

Fraglich könnte hier sein, ob das "Changieren" in privatrechtliche Formen eine Befreiung des Leistungsträgers von den Grundrechten bewirkt, ob er sich also durch Heranziehung privatrechtlicher Formen den Bindungen entziehen kann, die ihm bei Verwendung öffentlich-rechtlicher Formen auferlegt sind. Diese Frage wird insbesondere aktuell im Hinblick auf den Gleichheitssatz (Art. 3 GG), und zwar in zweifacher Hinsicht: Bezüglich der Frage des "Ob" und bezüglich der Frage des "Wie" der zu erbringenden Leistung.

Könnte also z.B. ein Städt. Elektrizitätswerk - wenn wir davon absehen, daß es einem Kontrahierungszwang unterliegt - aus unsachlichen Beweggründen die Belieferung mit Elektrizität einstellen? Oder könnte ein Straßenbahnunternehmen seine Tarife für verschiedene Benutzer willkürlich verschieden festsetzen?

1) Dürig in Maunz-Dürig, Das Grundgesetz, Art. 1, Abs. 3, Rdnr. 109: "Soweit überhaupt in den Formen des öffentlichen Rechts verwaltet wird, kommt es für die Grundrechtsbindung auch nicht auf die Arten der öffentlichen Verwaltung an".

Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, zu den hier vorliegenden verfassungsrechtlichen Fragen ausführlich Stellung zu nehmen²⁾.

Von erheblicher Bedeutung, und im zivilrechtlichen Schrifttum zu den privatrechtlichen Leistungsverhältnissen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge wohl noch zu wenig beachtet, dürfte jedoch die im öffentlichen Recht vorherrschende Tendenz sein, auch hier in immer weiterem Umfange eine Grundrechtsbindung zu bejahen.

Dabei zeichnen sich methodisch zwei Wege ab, die mittelbare und die unmittelbare Bindung an die Grundrechte.

II) Die Lösungsmöglichkeiten

1. Dürig³⁾ unterscheidet streng zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung des jeweiligen Benutzungsverhältnisses. Während er im ersten Fall unmittelbar Art. 3 GG heranzieht, um dem Gebot der Gleichbehandlung zum Durchbruch zu verhelfen, will er bei privatrechtlicher Ausgestaltung den Grundrechten lediglich mittelbar über die "wertausfüllungsfähigen und - bedürftigen Generalklauseln des Privatrechts Eingang verschaffen". Als solche Generalklauseln führt er das Verbot des *venire contra factum proprium* und das Verbot des Monopolmißbrauchs nach § 826 BGB an. Sie reichen nach der Ansicht von Dürig als materiell-rechtliches Regulativ aus, um eine "doppelte Moral" und einen Rechtsformenmißbrauch zu verhindern⁴⁾.

2. Demgegenüber postuliert Wolff⁵⁾ ebenso wie Bachof⁶⁾ und

2) Einen guten Überblick zum gegenwärtigen Stand der Diskussion gibt Wertenbruch, aaO, und Schaumann, aaO

3) aaO, Art. 1, Abs. 3, Rdnr. 136 - 138

4) Zur Verdeutlichung vgl. das von Dürig, aaO S. 71 unter Anm. 2 gegebene Beispiel.

5) Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. 1961, § 23 IIb

6) Bachof, DÖV 1953 S. 417 ff (423); derselbe, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 S. 37 ff (63); weitere zustimmende Literatur bei Löw, DÖV 1957 S. 879 Anm. 1

insbesondere auch Hesse⁷⁾ eine absolute und unmittelbare Grundrechtsbindung des jeweiligen Trägers der öffentlichen Daseinsvorsorge.

"Das Problem ist nicht eine Frage der Freiheit, sondern der Teilhabe. Die Lösung kann also nur in Rechtsvorschriften gefunden werden, welche dem einzelnen einen klagbaren Anspruch auf diese Teilhabe verschaffen. Eine Verwirklichung dieses Schutzes durch einzelne Spezialgesetze würde der Bedeutung der Frage nicht gerecht werden. Er erhält eine umfassende rechtliche Wirksamkeit nur in Form eines verfassungsmäßig festgelegten, unantastbaren Prinzips. Dieses Prinzip ist der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz"⁸⁾.

Den Maßstab der Gleichheit sieht Hesse in dem gleichen Eigenwert aller Menschen als solcher, wie er in Art. 1, Abs. 1 GG positiviert und durch Art. 79, Abs. 3 GG jeder Änderung durch den Gesetzgeber entzogen ist. Von hier aus kommt Hesse für die Frage nach dem "Ob" der Teilhabe zu schematischer Gleichheit, d.h. der Forderung, allen die lebensnotwendigen Güter und Leistungen zu gewähren, negativ ausgedrückt zu dem Verbot, irgendjemanden von der Teilhabe auszuschließen. Darüber hinaus dürfte sich aus dem Gleichheitssatz ebenso das Verbot einer unsachlichen Differenzierung bei der Ausgestaltung der Leistungsverhältnisse ergeben.

3. Die Lösung durch mittelbare Einführung des Gleichheitssatzes über die Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts hat den Vorteil, daß sie im Privatrecht verbleibt und durch die Heranziehung von in jahrzehntelanger Rechtsprechung differenzierend ausgelegten Richtlinien (§§ 242, 246 BGB) elastischer und praktikabler sein dürfte.

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß es sich auch bei der Heranziehung dieser Generalklauseln ebenso wie bei einem gesetzlich verordneten Kontrahierungszwang um besondere Ausformungen des dahinter stehenden Gleichheitssatzes

7) Hesse, AöR Bd. 77 (1951/52) S. 167 ff (219 f)

8) Hesse, aaO S. 220

handelt und daß die Auslegung verfassungskonform zu erfolgen hat.

Daher ist es wohl mehr eine rechtstechnische Frage, ob im Einzelfall direkt auf den Gleichheitssatz zurückgegriffen wird oder ob man sich - unabhängig von der institutionellen Sicherung, die nur das Grundrecht gibt - mit der Heranziehung bewährter Grundsätze des Privatrechts oder anderer positivrechtlicher Vorschriften begnügt.

Z W E I T E R T E I L

Die Einordnung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in das Vertragssystem des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Erstes Kapitel

Die Behandlung des Problems in Literatur und Rechtsprechung

§ 6 Überblick über den Stand der Auseinandersetzung

1. Die Problematik der privatrechtsdogmatischen Erfassung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge beschäftigt Lehre und Rechtsprechung seit über 25 Jahren¹⁾.

Dabei geht es um die Frage, ob unser Vertragsrecht, das auf der Grundlage des "Sozialmodells" einer liberalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung entstanden ist und in den Vorschriften des BGB als Individualvertrag seinen Niederschlag gefunden hat, elastisch genug ist, um damit auch den als "Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge" gekennzeichneten Verhältnissen gerecht werden zu können oder ob man auch hierzu rechtlich neue Kategorien bilden und anerkennen sollte²⁾.

1) Die methodischen Ansätze gehen freilich noch weiter zurück und sind insbes. in der rechtskritischen Literatur zur stillschweigenden Willenserklärung zu suchen. Vgl. z.B. E. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

2) Einen kurzen, aber gründlichen Überblick über den Stand der gegenwärtigen Diskussion gibt Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, bes. S. 7, 37 und 95; neuestens, in überzeitlichem Zusammenhang, Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in: 250 Jahre Celler Obergericht, Gött.Festschr. OLG Celle, S. 263 ff.

Als wichtigster Beitrag muß in diesem Zusammenhang die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis gewertet werden, wie sie G. Haupt im Jahre 1941 in seiner berühmt gewordenen Eintrittsvorlesung vor der Leipziger Juristischen Fakultät vorgetragen hat.³⁾

Diese Lehre verdankt ihre bis heute anhaltende Aktualität der vom Standpunkt des geltenden Rechts her gesehen alarmierenden Behauptung, daß es n e b e n den nach den Vorschriften des BGB zustande kommenden Vertragsverhältnissen auch echte Vertragsverhältnisse ohne rechtsgeschäftlichen Abschlußtatbestand gäbe.

An dieser Lehre hat sich das Für und Wider der Meinungen entzündet⁴⁾, das in den Wirren der letzten Kriegsjahre unterging, um dann in den letzten Jahren besonders durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erneut entfacht zu werden.⁵⁾

3) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Sonderdruck aus der Festschr. f. Siber, Leipziger rechtsw. Studien, Heft 124, Leipzig 1941/43.

4) Besprechungen von Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse: Esser, Schmollers Jahrb. 1942, 1. Halbbd. S. 230 ff; J. von Gierke, ZHR Bd. 109, S. 264; H. Lehmann, Iher.Jahrb. Bd. 90, S. 131 ff; Wieacker, ZAkDR, 1943 S. 133 ff; Neugebauer, Post-Arch. 1943 S. 1 ff; Kämmerer, das. 1943 S. 397 f; Nolte, DAR 1942 S. 717 f; Lade, Recht des Reichsnährstandes, 1942 S. 525 ff; Kittel, Arch. f. Eisenbahnwesen 1942 S. 643 ff. Zu dieser ersten Auseinandersetzung vgl. bes. auch Tasche, Iher.Jahrb. Bd. 90 S. 101 ff; Spiess, ZAkDR 1942 S. 340 ff; ders. ZAkDR 1943 S. 170 ff; Löning, ZAkDR 1942 S. 289 f.

5) Urt.d.BGH v. 14.7.1956 (Parkplatzfall), mitgeteilt in: BGHZ 21, 319 = RB 1956 S. 767 = JZ 1957 S. 58 (m. Anm. von Wieacker) = MDR 1957 S. 149 (m. Anm. von Bettermann und Blo-meyer) = LM Nr. 1 vor § 145 BGB (m. Anm. von Spieler); vgl. ferner: Retti, Über sog. faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschr. f. H. Lehmann, I, 1956, S. 253 ff; Esser, AcP 157 S. 86 ff - im Anschluß an die Bad-Mergentheimer Zivilrechts-lehrertagung 1957 mit Bericht von Baur, JZ 1957 S. 764 und ausf. Habscheid, AcP 157 S. 100 ff; H. Lehmann, NJW 1958 S.1 ff; Larenz, NJW 1956 S. 1897 ff; ders., DRiZ 1958 S. 245 ff; Nipper-dey, MDR 1957 S. 129 ff; und schließlich die umfangreiche Mo-nografie von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitu-te des Privatrechts, Frankfurt/M. 1957.

2. Die Auseinandersetzung ist dabei sehr heftig geführt worden .

Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis wurde auf der einen Seite gepriesen als eine "Befreiung des Vertragsbegriffs aus seiner konsensualistischen Enge"⁶⁾, als einziger Weg, der, ohne den Gegebenheiten des Lebens im heutigen Massenverkehr Zwang anzutun, eine sachgerechte Würdigung der Erscheinungen des modernen Verkehrs erlaube⁷⁾, als ein Ausweg der Notwendigkeit mit Unterstellungen und Fiktionen zu arbeiten⁸⁾, als Ausdruck der gewandelten Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts⁹⁾, - auf der anderen Seite wurde sie abgetan und bekämpft als "Knochenerweichung unseres Schuldrechts"¹⁰⁾, ja sogar als eine "Atom-bombe zur Zerstörung eines gesetzestreuen juristischen Denkens"¹¹⁾, als "eine Lehre, die weder mit dem geltenden Recht vereinbar ist noch der Lebensauffassung entspricht noch praktisch notwendig ist"¹²⁾.

3. Es wäre sicherlich verfrüht, wollte man annehmen, daß diese Auseinandersetzung nunmehr abgeschlossen sei. Sie ist nur in ein neues Stadium getreten. Dieses scheint dadurch gekennzeichnet zu sein, daß man, wie es insbesondere auf der Zivilrechtslehrertagung in Bad-Mergentheim zum Ausdruck kam, dem Problemkreis der faktischen Vertragsverhältnisse weniger

6) B ärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Karlsruhe 1948, S. 86.

7) BGHZ 21, 334 und Larenz, NJW 1956 S. 1899.

8) In diesem Sinne z.B. der Diskussionsbeitrag von Raiser auf der Mergentheimer Zivilrechtslehrertagung nach dem Bericht von Habscheid, aaO.

9) Simitis, aaO bes. S. 436 ff.

10) H. Lehmann, Vorwort z. 15. Bearb. v. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1958; ähnlich auch Helmut Wolff, NJW 1953 S. 1250 ff, der davon spricht, daß durch die neue Lehre an den Säulen unserer Rechtsordnung gerüttelt werde.

11) H. Lehmann, NJW 1958 S. 2;

12) Nipperdey, MDR 1957 S. 129.

mit einer grundsätzlichen als vielmehr einer pragmatischen Einstellung begegnet und versucht, zwischen einzelnen Problemen genauer zu differenzieren¹³⁾.

Von hier aus ergibt sich dann notwendig eine rückläufige Tendenz, die von dem konservativen Bestreben geleitet ist, die Tatbestände der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge mit der bewährten Kategorie des herkömmlichen Vertragsbegriffs und - soweit notwendig - mit den Mitteln der Analogie und Restriktion bei grundsätzlicher Systemerhaltung zu bewältigen¹⁴⁾.

Auffallend bleibt jedoch, wie sehr die Diskussion rechtsdogmatisch verengt ist und wie wenig Aufmerksamkeit der den "dogmatischen Wirbeln" zugrunde liegenden Problematik, wie wir sie im ersten Teil der Arbeit anzudeuten und im dritten Teil näher darzustellen versuchen, geschenkt wurde. Das zeigt sich schon an der mehr oder weniger kritiklosen Übernahme des Wortes "Daseinsvorsorge", das doch die Vertreter gerade des Zivilrechts, das von wechselseitiger Selbstversorgung der Bürger untereinander getragen ist, skeptisch machen müßte. Mit dieser Feststellung soll freilich nicht das Verdienst der dogmatischen Bemühungen geschmälert werden, vielmehr soll nur das dogmatische Problem in den richtigen Rahmen gestellt werden. Die dogmatischen Schwierigkeiten bei der Behandlung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge sind nur ein Aspekt und vielleicht nicht einmal der wichtigste.

Bei dieser Darstellung soll von der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung ausgegangen werden, da nur von dieser Lehre her die heftige dogmatische Bewegung verstanden werden kann.

13) Hierzu Esser, AcP Bd. 157 S.86 ff.

14) Das war der Weg, den Siebert, aaO S. 20 ff gegangen ist und den nunmehr auch Wieacker, Gött.Festschr.OLG-Celle, S.263 und Esser, aaO eingeschlagen und gebilligt haben.

§ 7 Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis nach Haupt

I) Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung als Sonderproblem

1. Haupt hat, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, drei Gruppen von faktischen Vertragsverhältnissen unterschieden:

- a) Vertragsverhältnisse "kraft sozialen Kontakts",
- b) Vertragsverhältnisse, "deren konstituierendes Element die Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis bildet", wie die "faktische Gesellschaft" und das "faktische Arbeitsverhältnis",
- c) Vertragsverhältnisse "kraft sozialer Leistungsverpflichtung" (Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge)¹⁾.

2. Dieser dritten Gruppe wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit unser eigentliches Interesse gelten und auch gelten dürfen: Zum richtigen Verständnis der Ausführungen Haupts zu den faktischen Vertragsverhältnissen kraft sozialer Leistungsverpflichtung ist es nämlich nicht erforderlich, auch die beiden anderen Gruppen faktischer Vertragsverhältnisse mit abzuhandeln. Auch abgesehen von der vom Thema her gebotenen Begrenzung wäre die Beschränkung auf die eine oder andere der genannten Gruppen sachlich gerechtfertigt. Denn schon bei Haupt erscheinen die drei genannten Gruppen nur als nebeneinander stehende Beispiele, wobei ihnen gegenüber die Bildung des Oberbegriffes "faktische Vertragsverhältnisse" lediglich auf eine Gemeinsamkeit im Negativen, nämlich die hier durchweg wiederkehrende mangelnde vertragliche Grundlage hinweisen konnte²⁾.

1) Über fakt. Vertragsverh., Sonderdruck aus der Festschr. f. Siber, Leipziger rechtswissensch. Studien, Heft 124, Leipz. 1941/43

2) Haupt hat selbst festgestellt, daß die fakt. Gesellschaft und das fakt. Arbeitsverh. auf "anderer Ebene" liegen.

Dies ist kein Zufall. Wie in der Folgezeit erkannt wurde, kann die Problematik der von Haupt hier genannten Gruppen "methodisch und rechtssystematisch nicht auf einen Nenner gebracht werden"³⁾.

Hinsichtlich der ersten Gruppe besteht weithin Einigkeit, daß man sie aus der Problemstellung der faktischen Vertragsverhältnisse ausklammern und - soweit es sich um den Eintritt in Vertragsverhandlungen handelt - mit Hilfe der Rechtsfigur der culpa in contrahendo⁴⁾ - soweit es sich um Gefälligkeitsleistungen handelt - mit Hilfe der hierzu entwickelten haftungsbeschränkenden Grundsätze einer Lösung zuführen sollte⁵⁾.

Auch die Fälle der zweiten Gruppe haben im Schrifttum und in der Rechtsprechung eine Sonderbehandlung erfahren. Ihre Problematik beruht auf der Unanwendbarkeit der Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen des BGE, die im Gesellschaftsrecht in Widerspruch stehen zu dem Vertrauen Dritter in den

3) Siebert, Fakt. Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958, S. 9: "Die Bildung eines einheitlichen Oberbegriffs für alle Arten von faktischen Vertragsverhältnissen verdeckt die rechtsdogmatische Verschiedenheit der infrage stehenden Tatbestände". In diesem Sinne schon H. Lehmann, Iher.Jahrb. Bd. 90 S. 142. Demgegenüber versucht Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt 1957, als gemeinsame Grundlage aller faktischen Vertragsverhältnisse den Interessenkonflikt zw. einem wirtschaftlich Machtvolleren und einem wirtschaftlich Schwächeren herauszustellen; dazu ausf. unten in § 9. Gegen eine solche "Einheitslösung", die wir auch bei Betti, Festschr. f. H. Lehmann, I, 1956, S. 253 ff, finden, auch Lorenz, DRiZ 1958 S. 245.

4) Vgl. hierzu Dölle, Zeitschr. f.d. ges. Staatsw. Bd. 103 S. 67 ff, sowie die im Schrifttumsverzeichnis angegebene Literatur.

5) Siebert, aaO, Anm. 14 S. 10

Bestand einer Anscheinsgesellschaft⁶⁾, im Arbeitsrecht zu 53 dem sozialstaatlichen Schutz des Arbeitnehmers bei tatsächlicher Aufnahme der Arbeit⁷⁾.

Die uns hier interessierende Gruppe der faktischen Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung wird sich ebenfalls als ein selbständiger Behandlung fähiges und bedürftiges weiteres Sonderproblem im Bereich der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen erweisen.

II) Die Behandlung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge in der Lehre von Haupt

1. Haupt geht hier von einem Urteil des Amtsgerichts Berlin-Mitte aus dem Jahre 1931 aus.

Ein Sportflieger, der auf einem Verkehrsflughafen gelandet ist, weigert sich, die Landegebühr zu bezahlen, und wird deshalb von der Flughafengesellschaft verklagt. Der Klage ist stattgegeben worden mit der Begründung, daß zwischen den Parteien stillschweigend ein Vertrag zustande gekommen sei, der die entgeltliche Benutzung des Flughafens zum Gegenstand habe. Es bestünden keine Bedenken, den stillschweigenden Abschluß eines dahingehenden Vertrages zu bejahen - so begründet das Amtsgericht seine Entscheidung - , denn ein solcher sei stets anzunehmen, wenn ein Flugzeug ohne vorherige Vereinbarung einen Flughafen anfliege 1).

An der Art und Weise dieser Begründung setzt Haupt mit seiner Kritik an.

Seine Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis war zwar mit veranlaßt durch Vorarbeiten Sieberts über das faktische Gesellschafts- und das faktische Arbeitsverhältnis²⁾.

Eigentlicher Antrieb seiner Arbeit war aber nicht zuletzt das Bemühen um wissenschaftliche Wahrhaftigkeit und um eine wirklichkeitsgetreue Dogmatik³⁾.

6) Siebert, aaO S.40 bis 67 mit eingehenden Hinw. auf Rspr. und Literatur. 7) Siebert, aaO S.68 bis 94 ; vgl. hierzu auch Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955, insbes. S, 27 ff .

1) Abgedr. im Arch.f.Luftrecht, Bd.4 (1934) S.104 .

2) Siebert, Die allgem. Entwicklung des Vertragsbegriffs in Deutschland, Deutsche Landesref.z. II. Haager Kongreß, 1937, S. 200 ff ; ders., Die fakt. Gesellschaft, in: Festschr. f. Hedemann, Jena 1938, S. 266 ff .

3) Wieacker, Gött.-Festschr. OLG-Celle, S. 264 .

Die Feststellung der stillschweigenden Annahme eines Vertragsantrags in den Gründen des genannten Urteils bildet nach Haupt nichts anderes als einen konstruktiven Behelf, um den Vorgang mit der Vertragsfigur des BGB in Einklang zu bringen⁴⁾. Denn in Wirklichkeit nehme der Flieger durch das Landemanöver weder Offerten des Flugunternehmens an, noch gebe er dadurch seinerseits ein Angebot auf Schließung eines Landevertrages ab. Hierzu bestehe für ihn auch nicht der geringste Anlaß, denn er sei zur Benutzung des Verkehrsflughafens ja bereits auf Grund der Benutzungsordnung berechtigt und müsse sich den Anspruch nicht erst durch einen Vertrag verschaffen. "Ein Vertrag... griffe ins Leere, weil es hier gar nichts mehr zu vereinbaren gibt"⁵⁾. Es sei daher sowohl tatsächlich wie auch rechtlich unmöglich, den Beteiligten den Abschluß eines Landevertrages zu unterstellen.

Den Gerichten sei der fiktive Charakter ihres Tatbestandes auch durchaus bewußt. Ihnen gehe es lediglich darum, eine Übereinstimmung mit den Vorschriften des BGB zu finden. Im Ergebnis träfen diese Entscheidungen das Richtige, ein Vertragsverhältnis sei zustandegekommen; die Begründung aber sei unhaltbar, sie könne keine Überzeugungskraft für die unterliegende Partei haben.

Die Kritik Haupts an derartigen Begründungen mit Hilfe der Rechtsfigur der stillschweigenden Willenserklärung kann etwa wie folgt zusammengefasst werden :

Man läßt die Parteien hier etwas wollen, was sie gerade nicht gewollt haben und, da: das Vertragsrecht von dem Grundsatz beherrscht wird, daß der Vertrag keine anderen als gewollte Rechtsfolgen nach sich zieht, so wird in diesen Fällen, um den Grundsatz aufrechtzuerhalten, der in Wirklichkeit nicht vorhandene Wille fingiert⁶⁾.

4) Haupt, aaO S.23 . 5) Haupt, dito .

6) So schon E. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893, S.8/9 ; Haupt zu dieser Methode: "Legt ihr's nicht aus, so legt ihr's unter", S. 6, Anm.4 . Das Zitat ist einem Zweizeiler in Goethes "Zahmen Xenien" entlehnt : "Im Auslegen seid frisch und munter, legt ihr's nicht aus, so legt was unter" .

2. Bei dem oben angeführten Beispiel handelt es sich um einen Fall mit "pathologischem Charakter" (Zitelmann) . Die Benutzer weigern sich, Entgelt zu bezahlen mit der Begründung, ein Vertrag sei nicht zustande gekommen.

Von hier aus könnte man dann erwarten, daß Haupt wenigstens für die normalen Fälle des reibungslosen Ablaufs der Leistungsbeziehungen an einer rechtsgeschäftlichen Begründung festhielte.

Allein, ein solcher Kompromiß wäre vom Standpunkt der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis her gesehen inkonsequent. Eine rechtsgeschäftliche Begründung der Leistungsverhältnisse wird abgelehnt, da es an der Grundvoraussetzung hierfür, der Vertragsfreiheit, fehle.

Sie wird daher abgelehnt für diesen ganzen Bereich der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge.

Diese Feststellung ist von größter Bedeutung, um die volle Tragweite der Haupt'schen Lehre zu ermessen. Es geht hier nicht nur darum, "klinische Fälle der Vertragspraxis" ⁷⁾ zu reparieren, vielmehr werden faktische Vertragsverhältnisse **n e b e n** und auf gleiche Ebene gestellt mit den durch Rechtsgeschäft zur Entstehung kommenden Vertragsverhältnissen.

Dies zeigt deutlich die Behandlung des inzwischen berühmt gewordenen Beispiels der Inanspruchnahme der Straßenbahn durch einen einsteigenden Fahrgast ⁸⁾.

Haupt bejaht hier das Vorliegen eines vertraglichen Beförderungsverhältnisses. Dieses könne indes nicht aus gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen hergeleitet werden. Eine rechtsgeschäftliche Konstruktion, die darauf abstelle, daß der Fahrgast mit dem Einsteigen das allgemeine, dem Publikum gemachte Angebot annehme, sei " ein recht blutleeres Gebilde", das dem Wesen des rechtsgeschäftlichen Vertragsschlusses wenig entspreche. Denn für beide Teile sei

7) Nipperdey, MDR 1957 S.129 .

8) Haupt, aaO S.21 .

hier keine Freiheit der EntschlieÙung gegeben. Die Straßenbahn sei durch Kontrahierungszwang gebunden, jedermann nach festgelegten Tarifen zu befördern und der Fahrgast sei in der Regel schlechthin darauf angewiesen, die Bahn zu benutzen. Einen Vertragsschluß darin zu sehen, daß beim Schaffner eine Fahrkarte gelöst werde, würde zu dem unsachgemäÙen Ergebnis führen, daß bis zu diesem Zeitpunkt, der oft bis zur Beendigung der Fahrt dauern könne, das Rechtsverhältnis ein außervertragliches wäre. Entscheidend für die Begründung der beiderseitigen Rechte und Pflichten könne daher nur die Tatsache des Einsteigens und der ordnungsgemäÙen Benutzung der allgemein zur Verfügung gestellten Einrichtungen des Straßenbahnunternehmens sein⁹⁾.

Haupt sieht daher auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge das faktische Zustandekommen von Benutzungsverhältnissen als selbständigen rechtsgeschäftlichen Abschlußtatbestand an.

3. Von hier aus erhebt sich dann die Frage, ob - entsprechend der Anfechtung von Willenserklärungen - eine Berufung auf einen Irrtum bei der faktischen Herstellung einer vertragl. Beziehung zulässig ist, und ferner, wie die Fälle zu beurteilen sind, bei denen vom Benutzer die Leistung arglistig erschlichen (Fall des blinden Passagiers) oder in anderer Weise widerrechtlich angeeignet wird (z.B. widerrechtliche Stromentnahme) .

9) Der Kontrahierungszwang verliert also den Charakter eines Zwanges zum Vertragsschluß. Der Kunde erhält ein Recht unmittelbar auf Leistung. Haupt, aaO S. 21 f .

Während Haupt die Berufung auf einen Irrtum ebenso wie auch die Berufung auf mangelnde Geschäftsfähigkeit in der Regel für ausgeschlossen hält, da sie " mit der glatten Abwicklung des Massenverkehrs in der Regel unvereinbar wäre " ¹⁰⁾, behandelt er die übrigen Fälle in Übereinstimmung mit der herkömmlichen Lehre nach Delikts- und Bereicherungsrecht; denn hier werde nicht ein typischer Lebensvorgang in rechtmäßiger Weise verwirklicht, sondern einseitig in die geschützte Rechtsstellung eines anderen eingegriffen.

Ein derartiges Verhältnis verdiene nicht die rechtliche Sanktion, die in der Unterstellung unter Vertragsrecht liege; ein vertragliches Band könne daher nicht begründet werden.

Auf die Frage, ob durch die Anerkennung faktischer Vertragsverhältnisse neben rechtsgeschäftlichem Abschluß nicht unnötigerweise dem Gedanken der Privatautonomie geschadet werde, geht Haupt nicht ein. Hierzu stellt er lediglich fest, daß die faktischen Vertragsverhältnisse insofern durchaus dem Sinngehalt eines aus einer Willenseinigung hervorgehenden Vertrages entsprächen, als sie ihre Grundlage in dem eigenen Verhalten der Parteien fänden.

§ 8 Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten als Verpflichtungsgrund nach Larenz

1. Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten als Verpflichtungsgrund, wie sie insbesondere von Larenz ¹⁾ vertreten wird, stellt in gewisser Weise eine Fortbildung der Lehre von Haupt vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung dar.

10) Haupt, aaO S.34 .

1) Larenz, NJW 1956 S.1897 ff ;ders.DRiZ 1958 S.245 ff; ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, Allgem.Teil, 6.Aufl. 1963, S. 33 ff .

Dagegen sind Gegenstand ihrer Beurteilung nicht die der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontakts und kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis zu Grunde liegenden Sachverhalte²⁾.

Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten beschränkt sich gegenständlich auf die von uns als Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge gekennzeichneten Tatbestände.

Larenz versteht darunter im wesentlichen solche unentbehrlichen Versorgungsleistungen, die nach den Bedingungen des Tarifs in Anspruch genommen werden können³⁾. Insofern deckt sich der Gegenstand im wesentlichen mit der dritten Gruppe bei Haupt. Jedoch zeichnet sich hier schon eine Verschiedenheit ab: Bei Larenz ist das Vorliegen eines Kontrahierungszwanges im Gegensatz zu Haupt kein wesentliches Erfordernis⁴⁾; in den Vordergrund seiner Betrachtung stellt er ganz die Massenhaftigkeit und Gleichartigkeit der Inanspruchnahme und das Bedürfnis nach reibungsloser und schneller Abwicklung.

Von hier aus entsteht dann für ihn die Frage, ob nicht auch noch weitere Vorgänge, die bisher als Vertragsabschlüsse gewertet wurden, z.B. der Automatenkauf sowie die Vorgänge im Selbstbedienungsladen, nicht besser durch die Lehre vom sozialtypischen Verhalten erfaßt werden könnten⁵⁾.

2. Larenz führt eine strenge Trennung durch zwischen Beurteilung und dem Gegenstand der Beurteilung. Er wendet sich deshalb deutlich gegen die Auffassung, die bei Haupt anklingt

2)Diese behandelt Larenz in Übereinstimmung mit der h.L.; vgl. DRiZ 1958 S.246 f .

3)Lehrbuch I, S.33 .

4)Ausdrücklich in NJW 1956 S.1898, Sp.2 .

5)NJW 1956 S.1900 . Wenn Larenz als Gegenstand seiner Untersuchung immer wieder die "Erscheinungen des modernen Verkehrs" nennt, dann dürfte diese Bezeichnung zur Abgrenzung der in Frage stehenden Tatbestände noch weniger geeignet sein als der Begriff der "Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge".

und bei Simitis deutlich ausgesprochen ist, daß die Wirklichkeit als solche, die "soziale Realität", die Kraft habe, Rechtsfolgen hervorzubringen wie das Gesetz. Diese Auffassung ist nach Larenz rechtsphilosophisch und rechtsdogmatisch unhaltbar⁶⁾.

Ausgehend von dem Begriff der durch die Privatautonomie getragenen rechtsschöpferischen Willenserklärung verneint Larenz grundsätzlich die Frage, ob das Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge auf ein Rechtsgeschäft zurückgeführt werden könne.

Der Wille der jeweiligen Benutzer richte sich hier regelmäßig nur auf den tatsächlichen Erfolg, nicht auf die Begründung einer Rechtsfolge und demgemäß handle er, erkläre aber nichts⁷⁾. Dieses Handeln bezeichnet Larenz "sozialtypisch". Ohne Rücksicht darauf, ob das Verhalten im Einzelfall als Ausdruck eines bestimmten Willens gedeutet werden könne oder nicht, ziehe es die Rechtsfolge, die Entstehung eines Vertragsverhältnisses, nach sich. Eine Anfechtung mit der Begründung, man habe eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollen, sei nicht zulässig, weil es auf den Willen nicht ankomme. Und da der wirkliche Wille ohne Einfluß auf die Rechtsfolge sei, könne von einer rechtsgeschäftlichen Begründung dieser Rechtsfolge auch keine Rede sein⁸⁾.

3. Larenz ist, da er eine Beurteilung nach der im Gesetz allein geregelten rechtsgeschäftlichen Abschlußform nicht für möglich hält, genötigt, nach einem anderen Rechtfertigungsgrund für die Entstehung der Rechtsfolgen zu suchen. Er glaubt ihn in einer allgemeinen Rechtsüberzeugung zu finden, die dahin gehe, "daß das Verhalten allein wegen

6)DRiZ 1958 S.246 unter Hinweis auf die Rezension von Ballerstedt, AcP Bd. 157 S.100 .

7)DRiZ 1958 S.246 .

8)Das Verhalten ist "die sozialtypische Antwort oder Reaktion auf das Leistungsangebot und hat damit sozialtypisch die Bedeutung eines Verpflichtungsgrundes...denn niemand vermag den rechtlichen Konsequenzen seines eigenen Verhaltens auszuweichen".NJW 1956 S.247 .

seiner sozialtypischen Bedeutung die Rechtsfolgen nach sich zieht und der gegenteilige Wille für die Bewertung des Verhaltens selbst dann bedeutungslos ist, wenn er unzweideutig erklärt ist⁹⁾.

4. Eine Grenze für die Rechtswirkung des sozialtypischen Verhaltens stellt Larenz dadurch auf, daß er ein subjektives Erfordernis, nämlich das der Zurechenbarkeit einführt. Dem Handelnden müßten die Umstände bewußt sein oder bewußt sein können, aus denen sich die sozialtypische Bedeutung seines Verhaltens ergäben. Er müsse wissen, daß er ein öffentliches Verkehrsmittel benutze, daß der Parkplatz gebührenpflichtig sei, wobei das Kennenmüssen dem Kennen gleichzustellen sei¹⁰⁾.

5. Dem Einwand, die Lehre vom sozialtypischen Verhalten schade unnötigerweise dem Grundsatz der Privatautonomie, begegnet Larenz damit, daß er auf die Gefahr für die Privatautonomie aufmerksam macht, die entstehe, wenn der Begriff des Rechtsgeschäftes so weit ausgedehnt werde, daß vom Prinzip des wirklich rechtsschöpferischen Willens nichts mehr übrig bleibe, nur um auch noch die normierten Erklärungsstatbestände und das sozialtypische Verhalten mit zu erfassen¹¹⁾.

6. Als wichtigstes Ergebnis der Untersuchungen von Haupt und von Larenz muß - bei aller Verschiedenheit im einzelnen - festgestellt werden, daß sie übereinstimmend eine Behandlung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nach den Formen der Rechtsgeschäftslehre für unmöglich halten. Von beiden werden daher neue "objektive Tatbestände" neben das Rechtsgeschäft im herkömmlichen Sinne gestellt.

9) DRiZ 1958 S.247 .

10)Ebenda, S.246 .

11)DRiZ 1958 S.248 .

Larenz spricht das ganz deutlich aus : "Spricht man auch hier von Vertragsverhältnissen, dann muß man künftig zwischen solchen Vertragsverhältnissen, die auf einem Vertrag (d.h. einem Rechtsgeschäft) und solchen, die auf einem korrespondierenden sozialtypischen Verhalten beruhen, unterscheiden".¹²⁾

Es würde also ein zwei-spuriges Schuldrecht entstehen: Neben das klassische System der Privatautonomie würde das sozialstaatliche der kollektiven Einordnung in typische Leistungsbezüge treten, und diese Zweispurigkeit würde nicht etwa nur eine Subsidiarität der faktischen Verhältnisse bedeuten¹³⁾.

§ 9 Die Lehre vom sozialen Vertragsverhältnis nach Simitis

1. Den wohl umfassendsten Versuch, die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis soziologisch zu begründen, hat Simitis in seiner viel umstrittenen Monographie unternommen¹⁾.

Er sieht als gemeinsame Grundlage aller faktischen Vertragsverhältnisse den Interessenkonflikt zwischen einem wirtschaftlich Machtvolleren und einem wirtschaftlich Schwächeren²⁾.

Da die statische, gesetzlich normierte F o r m des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis auf Freiheit und einer sich nur als fiktiv erweisenden Gleichheit der Vertragspartner beruhe, werde sie der Wirklichkeit nicht gerecht³⁾.

12) Larenz, NJW 1956 S. 1900

13) Vgl. Wieacker, Festschr. OLG-Celle, S. 266

1) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt/M 1957 . Hierzu bes. Ballerstedt, AcP 157 S.117-133 und Steindorff, BB 1958 S.492 . Kritisch zu Simitis auch Blomeyer, MDR 1957 S.447; Esser, AcP 157 S.86 ff; Wieacker, Gött.Festschrift OLG-Celle, S. 276 .

2) Zusammenfassend Simitis, aaO, S. 535

3) Simitis, aaO, S. 69: "Das Vertragsverhältnis ist so, wie es in den Bestimmungen des BGB seinen positiv-rechtl. Niederschlag gefunden hat, der vielleicht konsequenteste Ausdruck... der Epoche des Liberalismus".

Demgegenüber sei der Inhalt des Rechtsinstituts dynamisch und Ausdruck des jeweiligen sozialen Entwicklungsprozesses als Bewegung⁴⁾.

Das den faktischen Vertragsverhältnissen gemeinsam zugrunde liegende Problem könne daher genauer gekennzeichnet werden als das Spannungsverhältnis zwischen statischer Form und dynamischem Inhalt, der Antithese zwischen formaler rechtlicher Gleichheit und wirtschaftlicher Ungleichheit.

Diesen Gegensatz sucht Simitis zu überwinden, indem er das Rechtsinstitut Vertragsverhältnis als einen lebendigen Prozeß ansieht, der unter dem Einfluß der "Rückwirkung der Sozialsphäre auf die Individualsphäre" einem ständigen Funktionswandel unterliege und sich so der Wirklichkeit anpasse⁵⁾. Das Recht hat der Wirklichkeit zu entsprechen und zwar - nach Simitis - nicht nur in normativem, sondern geradezu in deskriptivem Sinne.

2. Der durch die Rückwirkung der Sozialsphäre bedingte Funktionswandel des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis kommt nach Simitis in zwei "Momenten", dem der "Verdinglichung" und dem der "Vermassung" zum Ausdruck.

Durch den Begriff "Vermassung" soll zum Ausdruck gebracht werden, daß sich schon in der einfachsten Form der alltäglichen Geschäfte die Zurückdrängung des Individuums als Vertragspartner vollzieht⁶⁾. Dabei tritt gleichzeitig die Sache, der Vertragsgegenstand, in den Mittelpunkt aller Überlegungen⁷⁾, ein Vorgang, der die "Verdinglichung" darstellt.

So komme es bei den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge nicht mehr auf den Vertrag mit dem einzelnen an,

4)Simitis, aaO, S. 64

5)aaO, S. 116

6)"Vertragspartner ist nicht mehr der einzelne, Vertragspartner ist jeder, der bereit ist die gestellten Bedingungen zu erfüllen"(S. 87).

7)"Das Individuum geht auf diese Weise unter... die Person hat aufgehört der Mittelpunkt aller rechtlichen Überlegungen zu sein, die Sache wird es"(S.88).

sondern allein auf die Bedingungen, die es ermöglichen, daß der Vertragsgegenstand der Gesellschaft als solcher zur Verfügung gestellt werde. Denn die Daseinsvorsorge bilde den Ausdruck einer Aera, die als "Individualitätslosigkeit der Individuen" zu kennzeichnen sei. Der einzelne, der nur als Teil der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung in Erscheinung trete, werde bei diesen Leistungsverhältnissen in der "Totalität der Gesellschaft, die den eigentlichen Kontrahenten bildet", aufgehoben⁸⁾.

An die Stelle der nach der gesetzlichen Regelung des Vertragsrechts als konstitutives Element anzusehenden Differenzierung, trete die totale Nivellierung, an die Stelle der Individualisierung trete die Typisierung und an die Stelle der Vertragsfreiheit die totale Abhängigkeit⁹⁾.

Es müsse daher als illusorisch angesehen werden, den hier stattfindenden Vorgang als Vertragsschluß im Sinne des BGB beurteilen zu wollen. Demgegenüber trage man der eingetretenen Verdinglichung und Vermassung Rechnung, wenn man anerkenne, daß die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge einzig und allein auf der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistungen des betreffenden Unternehmens beruhe.

Gleichzeitig werde man damit auch der gewandelten sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis gerecht¹⁰⁾. Konstitutive Kraft komme hier der Wirklichkeit als solcher zu. Sie ordne die Partner einander zu, ob sie wollen oder nicht¹¹⁾.

8) aaO, S. 523 :... "die Individualitätslosigkeit kann aber nicht durch das qualifizierteste Ausdrucksmittel der individuellen Gestaltungsfreiheit, den Vertragsschluß, zum Ausdruck gebracht werden".

9) aaO, S. 471 f.

10) aaO, S. 526 f.

11) Der Begriff "Wirklichkeit" wird bei Simitis geradezu peremptorisch gebraucht. Hierzu sehr kritisch Ballerstedt, aaO, S. 550

3. Das so entstandene Vertragsverhältnis bezeichnet Simitis als "soziales Vertragsverhältnis"¹²⁾.

Das soziale Vertragsverhältnis erstrebe die Verwirklichung sozialer Zwecke in der Wirklichkeit. Es gründe sich nicht auf das Wollen der Beteiligten, sondern allein auf die Würdigung und Interpretation des Gewollten in der Sozial-sphäre¹³⁾.

Simitis beansprucht für sein "soziales Vertragsverhältnis", daß es rechtlich adaequater Ausdruck der gegebenen gesellschaftlichen Wirklichkeit sei, auf deren exakter Analyse es beruhe¹⁴⁾.

Auf dieses Vertragsverhältnis finden die gegebenen gesetzlichen Bestimmungen uneingeschränkt Anwendung, sofern sie nicht in Widerspruch zu den aus dem Wandel der sozialen Funktion sich ergebenden Erfordernissen stehen¹⁵⁾.

4. Einen solchen Widerspruch mit der Folge, daß ein vollständiges Vertragsverhältnis anzunehmen ist, nimmt Simitis ganz allgemein bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Benutzers einer Leistung der Daseinsvorsorge an. Und so setzt er sich mit der allgemeinen Begründung, daß die Verdinglichung der Beziehungen den Ausschluß all derjenigen Umstände nach sich ziehe, die in der Person des einzelnen lägen, über die Schutzbestimmungen des BGB für Minderjährige und Geisteskranke hinweg¹⁶⁾.

12) Ausführlich, aaO, S. 118 ff .

13) aaO, S. 93

14) aaO, S. 565

15) aaO, S. 528

16) Zu welcher Rechtsunsicherheit die Deduktion von Rechtsfolgen aus den Allgemeinbegriffen "Verdinglichung" und "Verfassung" führt, zeigt das von S. angeführte Beispiel des Benutzers einer Kleinbahn, "wo jeder jeden kennt"; hier soll es plötzlich wieder auf die Geschäftsfähigkeit ankommen, da hier das die typische Interessenlage kennzeichnende Moment der Verdinglichung und Entpersönlichung der Beziehungen der Beteiligten nicht oder nicht in diesem Umfang gegeben sei (S. 529/530).

Entsprechend argumentiert er bei der Frage der Anfechtbarkeit wegen Irrtums. Weil die Anfechtungsgründe mit der Person der am Rechtsgeschäft Beteiligten verknüpft seien, müsse ihre Wirkung im Bereich der Daseinsvorsorge in aller Regel ausgeschlossen sein.

Nur im Grenzbereich arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung läßt Simitis noch eine Anfechtung zu¹⁷⁾.

5. Das grundsätzliche Bedenken gegen die Argumentation bei Simitis scheint uns darin zu liegen, daß er jegliche Wertung nicht vom Recht, von der gesetzlichen Regelung her, sucht, sondern die Wertung aus von ihm selbst geschaffenen Allgemeinbegriffen entnimmt.

Über zahlreiche Theorien, die ideologisch und soziologisch verbrämt sind und gleichzeitig meist durch grobe Verallgemeinerungen die Einzeluntersuchung ersparen, kommt er zu einem "sozialen Vertragsverhältnis", von dem aus er alle Fragen lösen zu können glaubt. Soziologische und ideologische Wertungen und Pseudo-Wertungen scheinen bei Simitis überhaupt eine große Rolle gespielt zu haben¹⁸⁾.

17) aaO, S. 530

18) In diesem Sinne Steindorff, aaO: "Die Wertung kann auf keinen Fall Sache der Soziologie und Wirtschaftswissenschaft sein. Sie muß für die Frage der Rechtsanwendung dem Recht entnommen werden. Damit ist eine rechts-soziologische Theorie nicht vereinbar, die umgekehrt die Wertungen aus der Soziologie übernimmt. Die durch die rechtlichen Fragestellungen gebotenen tatsächlichen Untersuchungen würden, wenn sie erst vorgenommen werden und die an ihrer Stelle meist verwendeten subjektiven Vermutungen der Urteilenden ersetzen, die bereits in anderer Weise begründete Erkenntnis bestätigen, wonach es keine Einheitslösung, aber auch keine Einheitstheorie für faktische Vertragsverhältnisse geben kann".

§ 10 Der Lösungsversuch von Müllereissert

1. Für Müllereissert¹⁾ sind die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge ebenso wie die anderen Gruppen faktischer Vertragsverhältnisse Anwendungsgebiete der von ihm entwickelten Figur des Haftungsvertrages²⁾.

Dieser Haftungsvertrag, auch Haftungsbegründungsvertrag genannt, ist nach Müllereissert vom Schuldbegründungsvertrag zu unterscheiden. Durch jenen wird in der Gegenwart auf Grund einer individuellen Einigung etwas versprochen, was erst in der Zukunft - nachdem der Vertrag zustande gekommen ist -, erfüllt werden soll. Der Haftungsvertrag dagegen ist derjenige Vertrag, "durch dessen Zustandekommen gleichzeitig mit dem Vertragsschluß etwas geschieht"³⁾. Diese allgemeine Andeutung wird dann vom Müllerseissert näher ergänzt durch folgende Beschreibung:

"Wer in einer allgemein üblichen oder in einer dieser gleich zu achtenden oder in einer den besonderen Umständen des Einzelfalls angepaßten Weise sich in einen Leistungsaustausch einläßt, dessen Leistungen in der Regel nur auf Grund eines Schuldvertrages gewährt oder entgegengenommen zu werden pflegen, insbesondere in einen Austausch von genormten Sachleistungen gegen tarifmäßig festgesetzte Geldleistungen, haftet für die bewirkten und für die zukünftigen Leistungen nach Vertragsgrundsätzen" 4) .

1) Müllereissert, Vertragslehre - Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag - , Stuttgart 1957 .

2) Ausdrücklich behandelt werden die Fälle des Verschuldens bei Vertragsschluß (S.208 ff), der Automatenkauf (S.214 f), das Arbeitsverhältnis (S.218 ff), die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel (S. 226 ff), die Gefälligkeitsfahrt (S.243 ff) und die Landung auf einem Flugplatz (S. 240); vgl. hierzu auch Müllereissert, DGBR 1942 S.160 f .

3) Vertragslehre, S. 65

4) Vertragslehre, S. 165 . - Es kann hier nicht die gesamte, sehr eigenwillige und auch schwierige Vertragslehre von Müllereissert, die Ausfluß eines "dynamischen Rechtsdenkens" sein soll, dargestellt werden. Das Zitat im Text kann nur eine Andeutung dessen sein, was von Caemmerer, NJW 1947/48, S.338 f als "typisch sektiererisch" gekennzeichnet hat. Vgl. zur Vertragslehre von Müllereissert auch Heck, AcP Bd. 144, S. 145 ff .

Der unmittelbare, ohne vorherige Vertragsverhandlungen einsetzende Leistungsaustausch - etwa bei der Fahrt mit der Straßenbahn - kann daher nach Müllereissert nicht als Austausch von Willenserklärungen, aber auch nicht als ein rein faktisches Vertragsverhältnis angesehen werden; vielmehr ergibt die "Umweltrechtsbewertung", daß es sich um einen Haftungsvertrag handelt⁵⁾.

Da ein fehlerhafter Erklärung ausgesetzter, die Schuld auf Grund eines "Willenserklärungsaustausches" begründender Schuld begründungsvertrag nicht zustande gekommen ist, sind vorhandene Willensmängel bei dem auf Grund eines "generellen Verstehens- und Wissenseinigseins" (sic!) zur Entstehung gelangten Haftungsvertrages als völlig irrelevant anzusehen⁶⁾. Wissen und Wollen der Parteien, ihr "individuelles Einigsein", sind unbeachtlich. Sie werden durch eine "absolut objektive Betrachtungsweise" ersetzt⁷⁾.

2. Die Ausführungen von Müllereissert können nicht als ein positiver Beitrag zur Beurteilung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge bewertet werden. Er setzt sich weder mit dem herkömmlichen Vertragsbegriff, noch mit der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis auseinander⁸⁾, versucht vielmehr mit Hilfe der These von einem "Haftungsvertrag kraft Umweltrechtsbewertung" alle Schwierigkeiten zu beheben. Dabei bleibt unklar, ob dieser "deus ex machina" als Postulat der reinen Rechtslehre, als geltendes Recht oder als Vorschlag de lege ferenda aufgefaßt werden darf, und die Theorie von Müllereissert macht es außerdem schwer zu ergründen, was er jeweils meint und "ob er überhaupt etwas rechtlich faßbares meint"⁹⁾.

5)..." ein Haftungsvertrag liegt vor, weil die ganze Umwelt, in der sich dieser Vorgang abspielt, ihn juristisch so und nicht anders bewertet"(S.229). Wer zu dieser Umwelt im einzelnen gehört - vielleicht nur der Verfasser - ist nicht feststellbar.

6) Vertragslehre, S. 229 . 7)Vertragslehre, S. 230 .

8) Es ist bezeichnend, daß M. nur sich selbst zitiert.

9) von Caemmerer, aaO, S. 340; Simitis, aaO, S. 498 ff .

§ 11 Der Lösungsversuch bei Spiess

1. Grundlage aller Überlegungen über das Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge ist für Spiess die Tatsache, daß von den in Frage kommenden Unternehmen ein Tarif, d.h. ein Verzeichnis der Leistungsbedingungen öffentlich bekannt gemacht wird¹⁾. Diese an die Allgemeinheit gerichtete Erklärung darf nach Spiess nicht als Vertragsantrag im Sinne der gesetzlichen Regelung angesehen werden. Sie wird vielmehr als ein einseitiges Rechtsgeschäft beurteilt²⁾. Ihre positiv-rechtliche Grundlage findet diese Konstruktion in der Regelung der Auslobung nach den Vorschriften des BGB³⁾. Die Auslobung besteht in einem öffentlich abgegebenen Versprechen, eine bestimmte Leistung zu erbringen, und auf der dadurch erzeugten Bindung des Versprechenden.

Da diese beiden Merkmale nach Spiess auch für den Tarif maßgebend sind, ist dieser nichts anderes als ein Unterfall der Auslobung. Der Kontrahierungszwang bringt dann lediglich die Bindungswirkung des einseitigen Rechtsgeschäfts zum Ausdruck und ändert an der privatrechtlichen Natur des Tarifs, auch wenn er auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruht, nichts⁴⁾.

Der Tarif, das einseitige Rechtsgeschäft, ist konstitutive Voraussetzung, zugleich aber auch Bestandteil des Leistungsverhältnisses, das durch die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistungen des Unternehmens zustande kommt, gleichviel ob diese Inanspruchnahme im Hinblick auf die Verpflichtungserklärung des Unternehmens erfolgt war oder nicht.

1) Spiess, Der Tarif, 1931; ders.: ZAkDR 1943 S. 170 ff und ZAkDR 1942 S. 341.

2) ZAkDR 1942 S. 341.

3) Der Tarif, S. 16; ZAkDR 1943 S. 175.

4) Der Tarif, S. 24; ZAkDR 1942 S. 343.

2. Die Auffassung von Spiess hat keine Anhänger finden können. Positiv zu bewerten ist sicherlich, daß Spiess versucht, sich bei der Beurteilung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge an das geltende Recht zu halten.

Anzuerkennen ist auch seine klare Stellungnahme gegen die von Löning geforderte Beurteilung dieser Verhältnisse nach öffentlichem Recht⁵⁾.

Spiess hat jedoch die Bedeutung des Tarifs für das Zustandekommen dieser Leistungsverhältnisse überbewertet. Der Tarif ist nicht Entstehungsgrund, sondern regelt nur den Inhalt eines zustande gekommenen Leistungsverhältnisses⁶⁾.

Die Auslobung ist als einseitiges Rechtsgeschäft ein zu singuläres Institut, als daß ihre Regelung auf die hier vorliegenden Leistungsverhältnisse übertragen werden könnte.

Die öffentliche Bekanntgabe eines Tarifs ist nur ein Bestandteil, auf den der Gesamtvorgang beim Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht reduziert werden kann⁷⁾.

§ 12 Die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge als Ausdruck einer typisierten Zivilrechtsordnung nach Bärmann

1. Bärmann unterscheidet in seiner Untersuchung¹⁾ drei verschiedene Arten von Verträgen :

- a) Den Individualvertrag, der allein dem positiven Recht entspricht und ihm daher zu unterwerfen ist,
- b) den typisierten Vertrag des täglichen Lebens, für den die örtlichen und zeitlichen Gewohnheiten seines Zustandekommens neben dem allgemeinen Recht ausschlaggebend sind,

5) Besonders in : ZAKDR 1942 S.340 ff .

6) Dazu auch Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S.497

7) Simitis, aaO S. 495

1) Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Karlsruhe 1948 .

c) den massenförmigen und dadurch typengenormten Vertrag, der durch Lebensnotwendigkeit, Anonymität, Nicht-Individualisierbarkeit, massenförmige Identität bestimmt ist und einer eigenständigen massenförmigen Rechtsordnung unterliegt²⁾.

Die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge rechnet Bärmannder dritten Gruppe zu. Damit löst er sie aus dem allgemeinen Recht heraus und befreit damit das Vertragsrecht für diesen Bereich aus seiner "konsensualistischen Enge"³⁾.

Für den massenförmigen Vertrag im Bereich der Daseinsvorsorge sind allein "reale Momente" entscheidend. Die Willenseinigung wird durch die tatsächliche Inanspruchnahme ersetzt, und damit sind alle diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, die auf der Bedeutung dieser Willenseinigung beruhen, wie Geschäftsfähigkeit, Irrtum usw., auf den massenförmigen Vertrag nicht anwendbar⁴⁾.

Aus der von ihm gewonnen Erkenntnis, daß es sich im Bereich der Daseinsvorsorge um eine eigenständige Ordnung handelt, folgert Bärmann, daß es hier überhaupt nicht darauf ankommen könne, ob die jeweiligen Leistungsverhältnisse öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet sind.

Durch Umgestaltung einzelner Bestimmungen des Vertragsrechts entsprechend der massenförmigen Struktur der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge gelingt es vielmehr nach Bärmann, den Vertragsbegriff als solchen vor den "orgiastischen Totalitätsgelüsten" des öffentlichen Rechts zu bewahren⁵⁾.

2) Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 91 .

3) aaO, S. 86 .

4) aaO, S. 92 : "Die massenhafte Wiederkehr der Betriebs- und Nutzungsvorgänge und deren typisierte Anonymität hebt zwar nicht den schuldrechtlichen Charakter des Nutzungsverhältnisses auf, schließt aber die herkömmliche Vertragsabschlußform der Willenseinigung aus".

5) Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 90 .

2. Zu begrüßen ist auch hier das grundsätzliche Bestreben, die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht aus dem Privatrecht zu entlassen.

Es ist jedoch problematisch, hierzu eine eigenständige Ordnung der Daseinsvorsorge zu proklamieren, denn dadurch wird - wie Simitis vielleicht etwas überspitzt ausgedrückt hat⁶⁾ die Privatrechtsordnung, wenn nicht unmittelbar, so doch mittelbar, aufgehoben. Im übrigen wird auch bei Bärman nicht deutlich, wie er den aus "seiner konsensualistischen Enge befreiten Vertragsbegriff" gewinnen will, aus dem allein geregelten Individualvertrag, durch Restriktion oder durch Schaffung eines neuen, auf die massenförmigen Verhältnisse abgestellten Vertragsbegriffes, bei dem dann von einer rechtsschöpferischen Willenserklärung im herkömmlichen Sinne keine Rede mehr sein kann⁷⁾.

Diese Gefahr einer Überdehnung und gleichzeitigen Entleerung des Vertragsbegriffs besteht auch bei Betti⁸⁾, obwohl er gerade deshalb Bärman kritisiert. Denn wenn Betti vorschlägt, man solle sich von der doktrinen Denkform einer auf die rechtlichen Wirkungen abzielenden Willenserklärung befreien, um mit größerer Lebensnähe die soziale Erheblichkeit rechtsgeschäftlichen Handelns zu bestimmen, dann läuft auch dies auf eine voreilige Räumung zivilrechtlicher Positionen hinaus, da der "doktrinen" Begriff des Vertrages eben doch auf die meisten privatrechtsgestaltenden Akte zutrifft oder ihnen durch vorsichtige Korrektur angepasst werden kann⁹⁾.

6) Simitis, aaO, S. 503; zumindest birgt die Sonderordnung die Gefahr einer weiteren Zerstörung der Einheit der Privatrechtsordnung in sich.

7) Larenz, NJW 1956 S. 1899

8) Betti, Über sog. faktische Vertragsverh., in: Festschr. f.

H. Lehmann, 1956, Bd. I, S. 265.

9) Sehr deutlich so schon Lehmann, Jher. Jahrb., Bd. 90, S. 144.

§ 13 Die Rechtsprechung zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge

Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung hätte sicherlich nicht ihre bis heute anhaltende Aktualität erhalten, wenn nicht der Bundesgerichtshof sie in mehreren Entscheidungen aufgenommen und sich zu ihr bekannt hätte¹⁾.

1. Zu nennen ist hier an erster Stelle die bekannte Parkplatzentscheidung des BGH vom 14.07.1956²⁾.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte hatte ihr Kraftfahrzeug mehrfach auf einem gebührenpflichtigen und bewachten Parkplatz abgestellt. Dabei hatte sie - unter Hinweis auf die Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs an öffentlichen Plätzen - dem von der Klägerin eingesetzten Ordner von vornherein erklärt, daß sie die Bewachung ihres Fahrzeuges und die Entrichtung eines Entgelts ablehne. Die Klägerin hat von der Beklagten unter Zugrundelegung des Parkgeldtarifs Bezahlung verlangt.

Der Bundesgerichtshof hat unter ausdrücklichem Hinweis auf die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis und auf die Lehre vom sozialtypischen Verhalten³⁾ der Klage stattgegeben. Allein die Betrachtungsweise dieser Lehre - so begründet der BGH seine Entscheidung - führe, ohne den Gegebenheiten des Lebens im heutigen Massenverkehr Zwang anzutun, zu einem Ergebnis, das der Erscheinung eines solchen typischen Verhaltens in sinnvoller Weise entspreche. Wer während der Bewachungszeiten die besonders kenntlich gemachten

1) Eine kritische Würdigung dieser Rspr. aus rechtstheoretischer und historischer Sicht gibt Wieacker, Gött.Festschr. OLG - Celle, S. 263 ff.

2) BGH, Urt.v.14.07.1956 - V ZR (23/54) = BGHZ 21,319 = BB 1956 S.769 = JZ 1957 S.57 (mit Anm. von Wieacker) = NJW 1956 S.1475 = MDR 1957 S.149 (mit Anm. von Bettermann und Blomeyer).

3) Ausdrücklich genannt werden Haupt, Larenz und Tasche.

Parkplätze benutze, führe schon dadurch ein vertragliches Rechtsverhältnis herbei, das ihn zur Bezahlung eines Entgelts entsprechend dem Parkgeldtarif verpflichte.

2. Diese Auffassung, daß durch faktisches oder sozialtypisches Verhalten allein ein Vertrag zustande kommen könne, hat der Bundesgerichtshof im Elektrizitäts - Diebstahl - Fall vertreten⁴⁾. Hier war der Sachverhalt folgender :

Der Kläger hatte während längerer Zeit über eine Schwarzleitung elektrischen Strom bezogen. Nach Entdeckung war er durch Strafurteil wegen Entziehung elektrischer Arbeit verurteilt worden. Gegen die Klage auf Wiederbelieferung hat die Beklagte durch Wiederklage einen Anspruch auf Vertragsstrafe gemäß ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen geltend gemacht.

Der Bundesgerichtshof hat in Übereinstimmung mit den Vorderrichtern diesen Anspruch zugesprochen. In den Gründen hat er auch hier ausdrücklich der Lehre von Haupt und Larenz zugestimmt und folgenden Leitsatz formuliert: "Wer die Leistungen eines Versorgungsunternehmens für Wasser, Gas oder elektrischen Strom z.B. als Wohnungsinhaber oder Haushaltsvorstand tatsächlich in Anspruch nimmt, kommt schon dadurch in ein Vertragsverhältnis zu dem Unternehmen (Ergänzung zu BGHZ 21/319 hinsichtlich sozialtypischen Verhaltens)".

3. Eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Lehre von Haupt und Larenz kann in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30.06.1959⁵⁾ festgestellt werden.

Der Sachverhalt war folgender:

Die Beklagte hatte als "Sonderabnehmerin" elektrischen Strom von der Klägerin, einem städtischen Elektrizitätswerk, bezogen. Sie weigerte sich, das auf der Grundlage

4) BGH, Urt. v. 29.01.1957 - VIII ZR(71/56)=NJW 1957, S.627 = DÖV 1957 S.317 = LM, Nr. 2 vor § 145 BGB (mit Anm. von Lieske).

5) BGH, Urt. v. 30.06.1959 - VIII ZR(69/58) = BB 1959 S.831 = NJW 1959 S.1676 (Leitsatz) = LM, Nr. 7 vor § 145 BGB.

allgemeiner, preisrechtlich zulässiger Bedingungen berechnete Entgelt zu bezahlen, stellte jedoch trotz ihres Widerspruchs den Strombezug nicht ein.

In den Gründen dieses Urteils verweist der Bundesgerichtshof auf ein Urteil des Reichsgerichts⁶⁾, durch das ein Großabnehmer, der nach Kündigung seines Sondervertrages durch das Elektrizitätswerk und unter Widerspruch gegen die neu festgelegten Preise weiterhin Strom bezogen hatte, zur Zahlung nach diesen neuen Bedingungen verurteilt worden war.

Das Reichsgericht hatte seine Entscheidung darauf gestützt, daß der trotz des weiteren Widerspruchs aufrechterhaltene Strombezug den Widerspruch unbeachtlich erscheinen lasse. Setze der Abnehmer in Kenntnis des Willens der Stadt, daß sie ihm Strom nur zu den allgemein festgesetzten Preisen liefern werde, den Strombezug fort, so unterwerfe er sich trotz seines Widerspruchs dieser Preisfestsetzung.

Da der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung, "die aufzugeben kein Anlaß besteht und der auch von den Gegnern der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis zugestimmt wird", eine hinreichende Begründung für den von ihm zu entscheidenden Fall gesehen hat, glaubte er hier auf eine Begründung unter Heranziehung der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis verzichten zu können.

Daraus kann jedoch auf keine Distanzistanzierung des Bundesgerichtshofs von dieser Lehre geschlossen werden, vielmehr ergeben die Urteilsgründe insbesondere am Eingang der Entscheidung, daß sich das Gericht auch hier zu dieser Lehre bekennt.

6) RGZ 111, 310 .

§ 14 Die zunehmend ablehnende Kritik zur Lehre vom
faktischen Vertragsverhältnis - Versuch einer
ersten eigenen Stellungnahme

1. So verschieden auch die Meinungen sind, die sich im einzelnen in der zivilrechtlichen Literatur der letzten Jahre zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis im Bereich der Daseinsvorsorge herausgebildet haben, so besteht doch jetzt dahin weitgehend Übereinstimmung, daß die neue Lehre " weder mit dem geltenden Recht vereinbar ist, noch der Lebensauffassung entspricht, noch praktisch notwendig ist"¹⁾. Mit diesen Worten hat Nipperdey treffend die derzeit wohl herrschende Lehre formuliert. Von diesem Vorwurf her wird die Kritik geübt und von hier aus gehen alle Bestrebungen dahin, eine gesetzestreue Lösung zu finden.

"Wir wollen die fraglichen Tatbestände weder aus dem Privatrecht, noch aus dem System der Privatautonomie entlassen... wir wollen und dürfen keine systemfremden objektiven Tatbestände schaffen, sondern müssen die typisierten Leistungsverhältnisse als Schuldvertragsbeziehungen mit den entsprechend abgewandelten Elementen des Rechtsgeschäfts bewältigen"²⁾.

2. Diese insoweit einheitliche Frontstellung war nicht von Anfang an gegeben. Sie kam nicht zuletzt unter dem Eindruck und in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und in Abwehr der insbesondere von Simitis aufgestellten Thesen zustande. Das zeigt sehr deutlich die geänderte Auffassung bei Wieacker, Siebert und Krause und wohl auch bei Esser.

1) Nipperdey, MDR 1957 S. 129; ders., Enneccerus-Nipperdey, Allgem. T. des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd., 15. Aufl. 1960, Anm. VIII in § 163.

2) Esser, AcP 157 S. 86 ff (97/98)

Wieacker hatte bereits in seinem Aufsatz über "Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung"³⁾, aber auch in späteren Stellungnahmen⁴⁾ sich zu der neuen Lehre für den Bereich der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge bekannt, da sie dort ihren "spezifisch sozialstaatlichen Sinn"⁵⁾ habe.

Demgegenüber hat er sich zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis gerade für den Bereich der Daseinsvorsorge in "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben"⁶⁾ zurückhaltend geäußert. In seiner neuesten Stellungnahme⁷⁾ hat er sich von einer Erstreckung der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis über die spezifisch sozialrechtlichen Fälle der faktischen Gesellschafts- Arbeits- und Mietverhältnisse hinaus auf die Leistungsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge eindeutig distanziert, "unbeschadet der Korrekturen, die etwa an einem sachwidrigen Umfang der Irrtumsanfechtung, der rückwirkenden Nichtigkeit oder Haftung nach §§ 831, 278 BGB aus allgemeinen, nicht spezifisch sozialstaatlichen Gründen anzubringen wären"⁸⁾.

Siebert hatte noch in seinem Beitrag zur Festschrift für Niedermeyer (1953)⁹⁾ festgestellt, daß, "soweit das BGB in seinen Vorschriften über Willenserklärung und Vertrag den nach individuellen wirtschaftlichen Motiven ausgehandelten Leistungsaustausch vor Augen gehabt hat", auf seinem Boden die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht bewältigt werden könnten.

3) ZAKDR 1943 S. 33 ff

4) Zuletzt: FamRZ 1957 S.287 ff

5) aaO, S.290

6) Festschr. z. 100-jährigen Bestehen des DJT, Frankfurt, 1960, II, S. 14

7) Gött. Festschr. OLG-Celle, S. 263 ff.

8) Ebenda, S. 285

9) Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S.215 ff

Diese Feststellung hat er in einem vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe im Jahre 1957 gehaltenen Vortrag¹⁰⁾ selbst widerlegt. Ergebnis dieser Untersuchung war, daß die in Betracht kommenden Sachverhalte des typisierten Massenverkehrs sich in das Vertragsrecht des BGB einordnen ließen¹¹⁾.

Krause hat seine früher geäußerte Stellungnahme¹²⁾ im Anschluß an die Untersuchung von Siebert ausdrücklich aufgegeben¹³⁾.

Und schließlich wird man auch in der ausführlichen Stellungnahme von Esser zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis¹⁴⁾ ein gewisses Abrücken von der allerdings auch noch in seinem Lehrbuch zum Ausdruck gebrachten positiven Einstellung sehen können¹⁵⁾.

3. Begünstigt wurde diese Entwicklung von einer grundsätzlich konservativen Einstellung der Dogmatiker des Privatrechts, die - unter dem Motto "primum nil nocere" - nach der "Sturm- und Drangzeit epochaler Systemumwälzungen die Garantien einer kontinuierlichen Rechtsfortbildung zu schätzen wissen und denen das soziale Phänomen ... keine letzte Autorität, sondern Objekt kritischer Auseinandersetzung zur Verbesserung der Tatbestandsbildung ohne Preisgabe des Errungenen ist"¹⁶⁾.

Von hier aus ergibt sich dann das durchaus pragmatische Bemühen, sachgerecht differenzierte Tatbestände mit den herkömmlichen Mitteln der Analogie und Restriktion zu erfassen¹⁷⁾.

10) 1958 unter dem Titel "Faktische Vertragsverh." als Heft 41 d. Schriftenreihe der Jur. Studiengesellschaft Karlsruhe veröffentlicht.

11) aaO, S. 95 . 12) BB 1957 S. 1116 . 13) BB 1959 S. 419 .

14) AcP 157 S. 86 ff

15) Lehrbuch d. Schuldrechts, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, § 10, Ziff. 6

16) Esser, aaO, S. 87 (91) .

17) So insbes. Siebert, aaO, S. 20 bis 37 .

Zu einer grundsätzlichen Überprüfung der Lehre vom Rechtsgeschäft ist es dabei nicht gekommen¹⁸⁾.

4. Es soll im folgenden versucht werden, im Anschluß an die von der "gesetzestreuen Richtung" in Kritik zur Lehre von Haupt, Larenz und Simitis und zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geführte Auseinandersetzung Gesichtspunkte zu einer gerechten und rechtssystematisch befriedigenden Lösung der mit den Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge verbundenen Probleme aufzuzeigen. Dabei wäre es methodisch falsch, von den den Gegenstand der Rechtsprechung bildenden Fällen auszugehen. Hier handelt es sich immer um irgendwelche Störungen, deren Behandlung keine zuverlässige Grundlage abgibt für die richtige Beurteilung der in ihrer Zahl weit überwiegenden Fälle des normalen Zustandekommens und Ablaufs dieser Leistungsverhältnisse.

Zunächst muß - wie das auch dem Aufbau unserer Privatrechtsordnung entspricht - festgestellt werden wie die normalen Fälle zu regeln sind.

Sollte sich hierbei herausstellen, daß sie in die herkömmliche Vertragslehre eingeordnet werden können, dann wäre damit schon die große Bedrohlichkeit der neuen Lehre für die Systematik unseres Vertragsrechts genommen. Es wäre dann wohl ungerechtfertigt, für die übrig bleibenden Fälle das Attribut "sozialtypisch" zu verwenden, denn als sozialtypisch hätte sich eben der Vertragsschluß nach oder

18) Eine Forderung, die nach dem Bericht von Habscheid, AcP 157 S. 99 ff(106) jedoch Raiser erhoben hat: "Die überkommene Rechtsgeschäftslehre müsse von Grund auf umgestellt werden, sonst - so befürchte er - gehe die ganze Rechtsordnung über Bord". Vgl. auch Raiser, Festschr. DJT, Bd. I, S. 124 .

entsprechend den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches herausgestellt¹⁹⁾, während bei den "klinischen Fällen der Vertragspraxis" gerade sozialatypisches Verhalten vorliegen würde, das erst mit Hilfe einer auf der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben gebotenen Korrektur, bzw. einer positiven Normierung weiter zu differenzierender Störungsfälle beim Abschluß oder bei der Durchführung von Rechtsgeschäften zu beurteilen wäre.

Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ist methodisch genau umgekehrt verfahren. Von bestimmten Ausnahmefällen her, in denen sich die Rechtsprechung mit der Konstruktion der stillschweigenden Willenserklärung, der protestatio facto contraria usw. geholfen hat, hat sie einen neuen Allgemeinbegriff gebildet, um diesen dann auf alle denkbaren Fälle anzuwenden. Indem sie so verfahren ist, hat sie sich der mit Recht abgelehnten Methode der Begriffsjurisprudenz angenähert²⁰⁾.

In dem Bestreben, ohne Zwischenschaltung rechtskonstruktiver Hilfsfiguren eine ehrliche Beurteilung jeweils statthabender Sachverhalte zu ermöglichen, ist die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis einer unzulässigen Verallgemeinerung anheimgefallen.

19) In diesem Sinne schreibt Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschr. DJT, Bd.I, S. 135 ff(183): "Jedes Rechtsgeschäft ist sozialtypisches Verhalten". - Wenn er allerdings - über die wohl eindeutigste Ablehnung der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis hinaus - dem Bereich der Daseinsvorsorge jede eigene Problematik abspricht, dann übersieht er dabei nicht nur den Einfluß öffentlich-rechtlicher Normen auf diesem Gebiet, sondern auch die schwerwiegende rechtspolitische Problematik, die der Lehre von der Daseinsvorsorge innewohnt.

20) Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960, S. 215/216 .

Sicherlich ist zu prüfen, inwieweit der Wille noch Zurechnungsgrund bei den betr. Leistungsverhältnissen ist, inwieweit man z.B. bei Berücksichtigung der Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Anfechtung hier noch zu einem billigen Ergebnis kommt. Allein, Fälle der mangelnden Geschäftsfähigkeit und des Irrtums stellen nicht die Regel, sondern die Ausnahme dar. Betrachtet man sie allerdings als Regelfälle und bildet man von hier aus einen neuen Abschlußtatbestand, dann wirft man den Begriff des Rechtsgeschäfts vorschnell über Bord und ist damit in Gefahr "das Kind mit dem Bad auszuschütten"²¹⁾.

Die Vertreter der neuen Lehre, insbesondere Simitis, berufen sich zur Begründung ihrer Thesen immer wieder auf eine genaue Interpretation der "Wirklichkeit"²²⁾. Nicht durch Angebot und Annahme, sondern allein durch die tatsächliche Inanspruchnahme kämen hier die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge zustande.

Wir wollen diesen Leitsatz der neuen Lehre zunächst für den Normalfall, d.h. für den den jeweiligen Normen als Regel zugrunde liegenden Fall untersuchen und stellen an den Anfang umgekehrt die Frage: Ist die Rechtswirklichkeit wirklich so, wie sie von den Vertretern der neuen Lehre dargestellt wird ? Konkret: Ist es richtig, daß im Regelfall das Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge ohne rechtsgeschäftlichen Abschlußtatbestand allein durch die tatsächliche Inanspruchnahme zustandekommt ? Dabei werden wir uns auch hier auf den "klassischen Bereich" dieser Leistungsverhältnisse beschränken. Denn, daß im Bereich der Subventionen und Darlehensvergaben (etwa nach dem Honnefer Modell oder dem Lastenausgleichsgesetz)

21) Brox, aaO; vgl. dazu auch die Bespr. von Ramm, AcP 160 S. 74 f, der in der Ablehnung der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis mit Brox übereinstimmt.

22) Vgl. oben, § 9, Anm. 13) .

echte Vertragsabschlüsse im Sinne von Angebot und Annahme nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen -wenn auch auf der Grundlage von Vorschriften des öffentlichen Rechts -, bestreitet niemand²³⁾.

Aber auch wenn man den Begriff der Daseinsvorsorge in der engen Fassung der Reformtheorien gebraucht, ist es, wie zu zeigen sein wird, unnötig, das Vertragsrecht in ihrem Sinne abzuwandeln, wenn die rechtliche Beurteilung der "Wirklichkeit" gerecht werden soll.

23) Die Verwaltung schließt hier unverkennbar individuelle privatrechtliche Verträge ab. Vgl. Siebert, Festschr.f. Niedermeyer, S. 235 .

Zweites Kapitel

Lösungsversuch an Hand einzelner Fälle

§ 15 Das normale Zustandekommen der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge

I) Das normale Zustandekommen bei einem Versorgungsunternehmen

1.a) Der äußere Vorgang beim Zustandekommen eines Leistungsverhältnisses der Daseinsvorsorge soll zunächst am Beispiel der Versorgung mit Elektrizität gezeigt werden¹⁾.

Rechtsgrundlage sind hier die auf Grund des § 7 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451) für alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen verbindlich erklärten "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz des Elektrizitätsversorgungsunternehmens vom 01.04.1942 (RAnz. Nr. 39)²⁾.

Unter III) dieser Bedingungen sind "Vertragsschluß und Verpflichtung des Abnehmers" geregelt. Danach soll die "Anmeldung" auf einem besonderen Vordruck erfolgen. "Durch die Annahme des Antrags... kommt der Vertrag zustande, der nach dem Willen der Parteien bis zu einer rechtmäßigen Beendigung ein einheitliches, dauerndes Rechtsverhältnis schafft"³⁾.

1) Vgl. hierzu allgem.: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. Tübingen 1953 S. 579 ff; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, 2. Aufl., München 1961, IV A 1, III; Fischerhof, DÖV 1957 S. 305 ff; Boehmer, Grundlagen, 1. Buch, Tübingen 1950, S. 201 ff.

2) Abgedr. und kommentiert b. Eiser-Riederer, aaO, unter IV.

3) Eiser-Riederer, aaO, IV A, III, 1a: "...Vielmehr ist erst der Antrag des einzelnen Stromabnehmers, der in bestimmter Form gestellt werden muß, als Vertragsangebot zu betrachten. Der Vertrag selbst kommt durch die Annahme seitens des Werkes zustande, die entweder ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten, z.B. Aufnahme der Versorgung, erklärt werden kann".

Sowohl beim Neuanschluß eines Hauses an ein Versorgungsnetz, als auch beim Anschluß eines Mieters an ein vorhandenes Hausnetz, ist ein schriftlicher Antrag vorgesehen. Ebenso bedürfen Erweiterungen und Abänderungen bestehender Anlagen einer vorherigen Anmeldung und der Genehmigung des Versorgungsunternehmens.

Der äußere Hergang beim ordnungsgemäßen Zustandekommen eines Versorgungsverhältnisses entspricht also durchaus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Angebot und Annahme.

Hinzu kommt, daß der Abnehmer zwischen verschiedenen Tarifen frei wählen kann; so kann er sich an Stelle der Grundpreistarife (es werden unterschieden: Haushaltstarif, Gewerbetarif und Landwirtschaftstarif) für den sgn. Kleinstabnehmer tariff entscheiden und außerdem steht es ihm frei, für Wärmespeicherzwecke den verbilligten Nachtstrom zu beantragen.

Die verschiedenen technischen und finanziellen Möglichkeiten bieten also dem einzelnen, wenn auch in beschränktem Umfange, Wahlmöglichkeiten. Diese Wahlmöglichkeiten und die Tatsache, daß das ganze Verfahren jeweils schriftlich geregelt ist, nehmen dem Abschlußtatbestand seine Anonymität und machen ihn in gewisser Weise zu einem jeweils persönlichen, wenn auch gleichförmigen Vorgang.

b) Im Verhältnis zwischen Elektrizitätswerk und Großabnehmer⁴⁾ ist der Rahmen, innerhalb dessen individuelle Bedingungen ausgehandelt werden können, noch größer.

Bei den hier vorliegenden "Sonderabnehmerverträgen" handelt es sich um echte Individualverträge. Sicherlich gibt es auch hier wieder allgemeine Bedingungen, die teils technischen, teils wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung tragen. Aber schon diese Bedingungen enthalten so weitgehende wechselseitige Sonderverpflichtungen, daß sie ausdrücklich in den Vertragsinhalt mit einbezogen werden müssen.

4) Hierzu Eiser-Riederer, aaO III E, mit weiteren Nachw.

Es ist nicht ersichtlich, wie einem Großabnehmer (z.B. einem Industriebetrieb) auf der Grundlage rein tatsächlicher Inanspruchnahme diese speziellen Verpflichtungen auferlegt werden sollten. Eine Erklärung ist hier die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, ist insbesondere auch Simitis trotz der von ihm so häufig beschworenen "Lebensbedürfnisse", schuldig geblieben. Die Lebensbedürfnisse sprechen bei der Inanspruchnahme elektrischer Arbeit durch einen Großabnehmer eindeutig für einen, wenn auch öffentlich-rechtlich gebundenen⁵⁾, nach der jeweils vorliegenden Interessenlage auszuhandelnden privatrechtlichen Individualvertrag.

c) Die neue Lehre wird aber auch der Wirklichkeit nicht gerecht. Denn sie ignoriert ganz einfach die zahlreichen Vorschriften, die den Vertragsschluß im Sinne von Angebot und Annahme regeln und damit selbst ein Teil dieser Wirklichkeit sind.

Warum - so müßte man vom Standpunkt der neuen Lehre her fragen -, wird von jedem Haushaltsvorstand und von jedem neuen Mieter erwartet, daß er umfangreiche Allgemeine Bedingungen durchliest, Formulare ausfüllt, Erklärungen abgibt usw., wenn die bloße Tatsache der Inanspruchnahme ebenso gebügt? Die bloße Inanspruchnahme genügt eben im Regelfalle nicht, sie kann nur Ausnahme sein und zwar nicht zuletzt für denjenigen, der unter Außerachtlassen der gesetzlichen Vorschriften oder den Vorschriften zuwider (Fall der Schwarzleitung) Elektrizität in Anspruch nimmt. Diese Ausnahmefälle aber können nicht zur Norm gemacht werden.

2.a) Ein weiteres, sehr ernst zu nehmendes Argument der neuen Lehre geht dahin, daß der einzelne auf die Leistungen der Versorgungsunternehmen schlechthin angewiesen sei und

5) Diese Bindung ergibt sich auch aus dem Gleichheitssatz (vgl. oben, § 5). Ein gemeindliches Elektrizitätswerk könnte auch einem Großabnehmer nicht willkürlich günstige oder ungünstige Bedingungen einräumen.

daß er sich daher als ein "wirtschaftlich Schwächerer" einem "wirtschaftlich Machtvolleren" gegenübersehe, ein Verhältnis, das rechtsgeschäftliches Handeln auf dem Boden der Gleichheit als fiktiv erscheinen lasse und das die Vertragsfreiheit von vornherein ausschließe.

Hieran ist sicherlich richtig, daß der heutige Mensch zahlreiche zivilisatorische Einrichtungen nicht mehr entbehren kann oder doch glaubt sie nicht mehr entbehren zu können. Es ist einfach lebensfremd, wenn behauptet wird, es stehe dem einzelnen frei, Petroleum-Bebuchung zu behalten und Brunnen-Wasser zu benutzen, wenn er sich auf die Bedingungen des Elektrizitäts- und Wasserwerkes nicht einlassen wolle⁶⁾. Auf diesen Gedanken wird wohl niemand kommen, der in einer geschlossenen Siedlung ein Haus baut oder eine Wohnung mietet, abgesehen davon, daß gesundheits- und feuerpolizeiliche Vorschriften entgegenstehen würden. Es besteht vielmehr eine elementare Abhängigkeit von den Leistungen der Versorgungsunternehmen⁷⁾.

b) Wenn diese Abhängigkeit sich trotzdem nicht als Diktat der wirtschaftlich Überlegenen und als tatsächliche Unfreiheit der Mehrzahl der Rechtsgenossen auswirkt, so ist das rechtlich auf die oben erkannte Wirkung des Gleichheitssatzes oder, wenn man in zivilrechtlichen Kategorien bleiben will, auf Kontrahierungszwang und das aus § 826 BGB folgende Verbot des Monopolmißbrauchs zurückzuführen. Hier dürfte die Unterscheidung von "formeller" und "soziologischer" Vertragsfreiheit zum Tragen kommen.⁸⁾ Durch die eingeführte Beschränkung der formellen Vertragsfreiheit der Versorgungsunternehmen

6) Hokema, Die faktische Verwahrung, Diss. Göttingen 1952 S. 68

7) Der Einsatz der Daseinsvorsorge als Machtmittel kann daher bei voller Aufrechterhaltung der Freiheitsrechte zur totalen Macht des Staates führen. Vgl. Hesse, AöR, Bd. 77 S. 219

8) Vgl. Kollmar, Das Problem der Lenkung, 1921, S. 121 ff und oben § 1, Anm 13 .

sowohl bzgl. des "Ob" als auch des "Wie" der vertraglichen Regelung, werden diese Unternehmen auf die Ebene der tatsächlichen Gleichheit heruntergedrückt. Denn die formelle Einschränkung der Vertragsfreiheit kann in der Rechtswirklichkeit die rechtsgeschäftliche Privatautonomie für die Mehrheit der Rechtsgenossen vom Diktat der Mächtigen entbinden und damit zur tatsächlichen Vertragsfreiheit führen⁹⁾.

II) Das normale Zustandekommen bei einem Verkehrsunternehmen

1. Erscheint das Verhältnis der wirtschaftlichen Inferiorität im Bereich der Leistungsbeziehungen zu den Versorgungsunternehmen durch zahlreiche Vorschriften des öffentlichen Rechts sowie durch die Generalklauseln des Privatrechts gemildert, so besteht es auf dem Gebiet der öffentlichen Verkehrseinrichtungen (insbes. der Eisen- und Straßenbahn) in dem von der neuen Lehre vorausgesetzten Ausmaß nicht mehr.

Es ist zumindest seit den letzten Jahren des wirtschaftlichen Wiederaufstiegs nicht mehr richtig, daß der einzelne existenznotwendig von öffentlichen Verkehrsmitteln abhängig ist. Er hat für den Stadtverkehr die Wahl, ob er ein Fahrrad, Moped, Auto, Taxi usw. nehmen oder zu Fuß gehen will, statt mit der Straßenbahn zu fahren und auch beim Personenverkehr über Land ist er nicht auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen, vielmehr ist diesen hier - wie auch im Güterverkehr - insbesondere durch das Auto eine harte Konkurrenz erwachsen¹⁰⁾.

9) Kollmar, aaO, S. 122

10) Vgl. hierzu z.B. die Ausf. von Koch, Die Bundesbahn 1961 S.189 ff(191): "Die verkehrswirtschaftl. und verkehrspolitische Wirklichkeit ..sieht so aus,daß die frühere Monopolstellung der Eisenbahn nicht mehr besteht...daß infolgedessen die Deutsche Bundesbahn heute nur noch ein Verkehrsmittel unter anderen ist und sich im Wettbewerb neben diesen behaupten muß". Vgl. auch Oeftering, Die Bundesbahn 1961 S.769 .

Die Wahl eines öffentlichen Verkehrsmittels beruht also auf einer freien Entscheidung zugunsten einer von mehreren Möglichkeiten.

Der in diesem Bereich angeordnete Kontrahierungszwang wird daher nicht in gleicher Weise aktuell wie bei den Versorgungsunternehmen und dient hier in noch höherem Maße der Sicherung und nicht der Ermöglichung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.

Ist also hier bezüglich der Frage des "Ob" Vertragsfreiheit gegeben - das "Wie" ist weithin durch Tarife geregelt, doch kann z.B. gewählt werden zwischen erster und zweiter Klasse, zwischen verschiedenen Arten von Zügen und auf weite Strecken kan zusätzlich ein Schlafabteil gemietet werden - so ist auch hier noch zu prüfen, ob der äußere Hergang des Zustandekommens mit der Vorstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Abschluß eines Rechtsgeschäfts in Einklang zu bringen ist:

2. Wir wollen unterscheiden.

a) Für die Eisenbahn ist bei uns das äußere Verfahren so geregelt, daß der Inanspruchnahme normalerweise ausdrückliche Willenserklärungen beim Lösen einer Fahrkarte vorangehen. Niemand kommt im Regelfall an den Zug ohne gültigen Fahrausweis und es ist sicherlich nicht gekünstelt, wenn man im Lösen der Fahrkarte, die als solche ein "kleines Inhaberpapier" darstellt¹¹⁾, einen rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß sieht. Im übrigen kann auch hier ein inhaltlich konkretisiertes Rechtsverhältnis erst zustande kommen, wenn Einigkeit über das Fahrtziel besteht. Ein Vertragsverhältnis völlig unbestimmten Inhalts ist kaum denkbar¹²⁾.

11) Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960, § 807, Anm. 2

12) Schreier, Das Vertragsverhältnis in der Daseinsvorsorge, Diss. Würzburg 1960 S. 60. - Möglich wäre allerdings, daß jmd. das Fahrtrecht erwirbt für eine Strecke von bestimmter Länge, deren Konkretisierung ihm offen bleibt. Aber auch dies müsste dann geregelt oder vereinbart sein.

b) Größere Schwierigkeiten, den äußeren Hergang beim Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses mit den Vorstellungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang zu bringen, bestehen bei der Straßenbahn. Dabei ist insbes. an den Fall zu denken, daß jedermann, ohne einen Fahrschein gelöst zu haben oder ihn gleich beim Einsteigen lösen zu müssen, in die Bahn einsteigen kann und daß dann während der Fahrt der Schaffner von Fahrgast zu Fahrgast geht, um das Fahrgeld einzuziehen. Dieser schon bei Haupt erwähnte Fall kann geradezu als Standard-Beispiel angesehen werden, an dem die Befürworter und die Gegner der neuen Lehre ihre theoretischen Erwägungen anknüpfen¹³⁾.

aa) Übereinstimmung zwischen den verschiedenen Auffassungen besteht insoweit, als für das Entstehen eines Vertragsverhältnisses nicht erst auf den Zeitpunkt abgestellt werden kann, in dem vom Fahrgast eine Fahrkarte gelöst wird. Denn dies müßte zu der unsachgemäßen Folge führen, daß die Zeit vorher als vertragsloser oder nur vorvertraglicher Zustand zu beurteilen wäre. Vielmehr ist auf den Zeitpunkt des Einsteigens, also den Beginn der tatsächlichen Benutzung des öffentlichen Verkehrsmittels abzustellen.

Die Frage ist jedoch, ob dieser Vorgang, das Einsteigen in die Straßenbahn, als rechtsgeschäftlicher Vertragsabschluß nach den Vorschriften des BGB bewertet werden kann.

Im Gegensatz zu Larenz und Haupt, die von einem "stark individuell-psychologischen Erklärungsbegriff" ausgehen und daher das Verhalten der Beteiligten nicht als Willenserklärung werten, verkennt die herrschende Auffassung nicht, "daß der Erklärungswert eines Verhaltens gerade im Bereich der Daseinsvorsorge entscheidend durch die Verkehrsauffassung bestimmt wird"¹⁴⁾.

13) Haupt. Über faktische Vertragsverh., S. 21 ff; Larenz, NJW 1956 S. 1897; Nipperdey, MDR 1957 S. 129; Siebert, Faktische Vertragsverh., 1958, S. 20 ff.

14) Siebert, aaO m. weiteren Nachweisen.

bb) Diese Verkehrsauffassung führt zunächst dazu, daß in dem öffentlichen Zur-Verfügung-Stellen der Beförderungsmittel bei gleichzeitiger Bekanntgabe der Beförderungsbedingungen in der Form des Tarifs ein Vertragsangebot des Verkehrsunternehmens gesehen werden kann¹⁵⁾.

Mit diesem Vertragsangebot entspricht das Unternehmen seiner Pflicht, mit jedermann entsprechend den Beförderungsbedingungen zu kontrahieren.

Zu einem wirksamen Antrag gehört aber grundsätzlich auch die Bestimmtheit des Antragseigners¹⁶⁾.

Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch Offerten an das Publikum, ad incertas personas, die Bedeutung eines bindenden Antrags haben können. Der Fall liegt ähnlich dem des öffentlich aufgestellten Warenautomaten oder der öffentlich gegen Bezahlen des jeweiligen Kaufpreises zum Mitnehmen ausgelegten Tageszeitung. Trotz des an die Allgemeinheit gerichteten Antrags ist nicht die "Gesellschaft als solche" (so Simitis) der Adressat, vielmehr der einzelne, dh. jeder, der annehmen will und nur mit einer bestimmten Person kommt dann jeweils das Rechtsverhältnis zustande¹⁷⁾.

cc) Dies geschieht durch die Annahme des Angebots und gerade sie steht im Straßenbahn-Fall im Mittelpunkt der Auseinandersetzung.

Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis verneint das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen Annahme-Erklärung. Wer in die Bahn einsteige, wolle in der Regel nichts erklären und erkläre auch nichts. Dazu bestehe auch keine

15) Die Auffassung, daß bei der Straßenbahn das Angebot u. beim Verkehrsteilnehmer die Annahme liegt, ist vorherrschend; vgl. Nipperdey, aaO S. 129; Siebert, aaO S. 24; Flume, Festschr. Hundert Jahre DJT, I, S. 185.

16) Srauding-Going, 11. Aufl., Berlin 1957, § 145, Anm. 3.

17) H. Lehmann, Allgem. T. BGB, 11. Aufl., § 33, II, 1a.

Veranlassung, denn die Straßenbahn sei ohnehin verpflichtet jeden Fahrgast zu befördern, er brauche sich daher die Berechtigung zur Fahrt nicht erst durch den Abschluß eines Beförderungsvertrages verschaffen ¹⁸⁾.

Hieran ist zumindest ungenau, daß die Straßenbahn verpflichtet sei, jeden der einsteigt, zu befördern. Wer beim Einsteigen erklärt, er werde nicht bezahlen, kann zurückgewiesen werden. Nur entsprechend seinen Beförderungsbedingungen ist das Straßenbahnunternehmen zur Beförderung verpflichtet und diese Bedingungen beinhalten immerhin die Zahlungsverpflichtung des Fahrgastes. Das weiß auch jeder, der die Straßenbahn benutzt, und wenn er einsteigt hat er in der Regel auch den Willen sich gegen entsprechendes Entgelt befördern zu lassen. Er ist sich durchaus bewußt, mit dem Einsteigen eine rechtlich erhebliche Erklärung abzugeben, will sie regelmäßig auch abgeben und gibt sie auch ab ¹⁹⁾. Diese Auffassung, daß im Einsteigen als solchem eine echte Willenserklärung gesehen werden kann, wird freilich nicht von allen Rechtslehrern, die sich gegen die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ausgesprochen haben, mit der gleichen Eindeutigkeit vertreten.

18) Flume, aaO, S. 184 : "Wäre die Ansicht von Larenz richtig, so würde auch zwischen Arzt und Patient kein Vertrag abgeschlossen, da hier der Wille des Patienten noch sehr viel mehr auf einen Erfolg, nämlich die erfolgreiche Heilbehandlung gerichtet ist. Der Patient erklärt im Sinne von Larenz auch nichts, da er sich im allgemeinen darauf beschränkt, dem Arzt seine Leiden zu schildern".

19) Mit Recht weist Nipperdey, MDR 1957 S.129, darauf hin, daß es jenen Hinterwäldler, der das Schild mit der Aufschrift "frei" auf einem Taxi für ein Angebot hält, ihn kostenlos zu befördern, nicht mehr gibt. Und Flume, aaO, S. 185 stellt sie Frage: "Will wirklich jemand im Ernst behaupten, daß rechtlich zu unterscheiden sei, ob bei einer Straßenbahn die Fahrscheine beim Eintritt oder erst während der Fahrt gelöst werden?"

Nach Esser²⁰⁾ tritt bei den typischen Verträgen der Daseinsvorsorge ein "objektiver" Abschlußtatbestand auf den Plan, der neben der bisher allein anerkannten Abschlußtechnik Geltung beansprucht. Diese grundsätzlich nicht erklärungsbedürftige "Willensbetätigung" will Esser analog der echten Willenserklärung behandeln, wobei er sich gleichzeitig gegen eine globale Gleichstellung in der Form der Fiktion wendet²¹⁾. Die analoge Behandlung der objektiven Willensbetätigung mit der echten Willenserklärung - wobei beide Begriffe durch den des Rechtsgeschäfts zusammengehalten werden - bietet nach Esser die einzige Möglichkeit, die typisierten Leistungsbeziehungen mit den jeweils abgewandelten Elementen des Rechtsgeschäfts zu bewältigen²²⁾. Dieses Verfahren einer analogen Behandlung beachtet nach Esser im Gegensatz zur Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis das Gebot der Gesetzestreue. Erweitert werde hier nicht das Gesetz, der Geist der Rechtsgeschäftslehre, sondern allein die zu engen dogmatischen Vorstellungen²³⁾.

Sehr eingehend hat sich auch Wieacker mit dem Problem des Zustandekommens einer Leistungsbeziehung der Daseinsvorsorge ohne vorhergehende oder gleichzeitige ausdrückliche Erklärung

20) AcP 157 S.95 .

21) aaO, S. 97 .

22) Es ist nicht ganz einfach festzustellen, inwieweit Esser die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ablehnt. Einerseits wendet er sich dagegen, systemfremde "objektive" Tatbestände zu schaffen (AcP 157 S.98), andererseits stellt er in seinem Lehrbuch des Schuldrechts (§ 10,6) fest, daß bei den typisierten Verträgen der Daseinsvorsorge ein rein objektiver Tatbestand, der als solcher auch systematisch zu erfassen ist, vorliege. Die Darstellung im Lehrbuch läuft auf eine "Zei-Ebenen-Theorie" hinaus, die gerade in AcP 157 S. 86 ff abgelehnt wird.

23) aaO, S. 98 .

auseinandergesetzt²⁴⁾. Nach kritischem Hinweis auf die Doktrin eines psychologisierten Erklärungsbegriffes²⁵⁾, wie sie dem Gesetzgeber des BGB vorgeschwebt habe, stellt er fest, daß sich schon die gegenwärtige Theorie und Praxis der Lehre vom Rechtsgeschäft von diesem "Naturalismus" abgekehrt habe.

Ihr erscheine die Willenserklärung als "Sozialakt", d.h. als menschliches Verhalten in der Rechtsgemeinschaft, das auf Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen im Recht tendiere²⁶⁾. Der Wirkungsgrund des Vertrages liege weniger in dem frei schaffenden Willen der autonomen Persönlichkeit, sondern einzig und allein im Akt der Verständigung²⁷⁾. Von hier aus kommt Wieacker dazu, in all den Fällen der Inanspruchnahme öffentlich angebotener Verkehrs- und Versorgungsleistungen schlüssige Willenserklärungen zu sehen. Denn das hier allein in Erscheinung tretende sozialtypische Verhalten sei - zugespitzt ausgedrückt - "soziales, auf Verständigung hinzielendes Verhalten", an welches die Rechtsordnung Rechtsfolgen knüpfe, weil niemand sich den berechtigten Rückschlüssen aus seinem wissentlichen und willentlichen Handeln entziehen könne²⁸⁾.

Alle diese Auffassungen, mögen sie auch im einzelnen noch voneinander abweichen, gehen im Ergebnis dahin, daß die normale willentliche Inanspruchnahme der Leistungen der Daseinsvorsorge in die Vertragslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingeordnet werden kann und daher die "Zwei-Ebenen-Theorie,"

24) Zuletzt in Gött.Festschr. OLG-Celle, S. 263 ff, wo er die methodische Zuverlässigkeit und rechtspolitische Richtigkeit dieser Lehre "in übergesetzlichem Gesamtzusammenhang" (S. 265) überprüft hat.

25) aaO, S. 278 . 26) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 279 . 27) Gött.Festschr. OLG-Celle, S. 279 .

28)... "es kann keine bessere Umschreibung der schlüssigen Willenserklärung in einer modernen Theorie geben als die Bestimmung des sozialtypischen Verhaltens bei Larenz" (aaO, S. 268) .

zu der die neue Lehre führt, abzulehnen ist²⁹⁾).

Im Regelfall kann die tatsächliche Inanspruchnahme einer öffentlich angebotenen Versorgungsleistung im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung nach dem Vertragsrecht unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs bewertet werden.

Sozialtypisches Verhalten ist rechtsgeschäftliches Verhalten, das als Willenserklärung, zumindest aber als eine der Willenserklärung analog zu behandelnde Willensbetätigung, als Mittel der Verständigung, sich erweist.

Eine ausdrückliche Annahmeerklärung gegenüber dem Antragsenden ist in diesen Fällen nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten; es genügt, daß der Annahmewille klar aus dem Verhalten der Beteiligten hervorgeht und dies ist beim Einsteigen und Verbleiben in der Straßenbahn sowie bei den anderen Fällen des Gebrauchs oder Verbrauchs öffentlich angebotener Leistungen zu bejahen.

§ 16 Die Inanspruchnahme ohne Erklärungsbewußtsein und ohne Geschäftswillen

I) Die "objektive Methode" nach Siebert

Hat die vorhergehende Untersuchung für den Regelfall willentlicher Inanspruchnahme der Leistungen der Daseinsvorsorge ergeben, daß diese sowohl ihrem Sinngehalt als auch ihrer Form nach mit der Vertragslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs übereinstimmen, so muß diese rechtsgeschäftliche Grundlage nunmehr ihre Tragfähigkeit an Hand regelwidriger Fälle erweisen.

Dabei sollen uns zunächst die Fälle der tatsächlichen Inanspruchnahme ohne ein auf Begründung eines Leistungsverhältnisses gerichtetes Bewußtsein und ohne entsprechenden

29) Flume, aaO, S. 188: "Im Normalfall ist also die Inanspruchnahme einer als entgeltlich bereitgestellten Leistung ebenso ein bewußter Akt der Rechtsgestaltung, ein Rechtsgeschäft, wie die schulmäßige Annahme einer Offerte".

Geschäftswillen beschäftigen¹⁾.

1.a) Beispiele sind der bei Haupt erwähnte Fall des Sportfliegers, der ohne es zu wissen auf einem Verkehrsflughafen landet und nunmehr die Landegebühr zu bezahlen hat²⁾; ferner ist an den Fall zu denken, daß jemand sein Fahrzeug auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz abstellt, ohne die Gebührenpflichtigkeit zu kennen³⁾.

In all diesen Fällen scheint im praktischen Ergebnis Übereinstimmung zu bestehen: Die Inanspruchnahme einer Einrichtung der Daseinsvorsorge verpflichtet ohne Rücksicht auf Erklärungsbewußtsein und Geschäftswillen zur Bezahlung des entsprechenden Entgelts⁴⁾.

Siebert bezeichnet es als das große Verdienst der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, dieses Ergebnis im Hinblick auf die Besonderheiten des Massenverkehrs herausgearbeitet zu haben⁵⁾.

Während aber die Vertreter der neuen Lehre darin ihre These bestätigt finden, daß es für eine vertragliche Verpflichtung hier nur auf den objektiven Tatbestand, die rein tatsächliche Inanspruchnahme ankomme, versucht die herrschende Lehre auch in diesen Fällen innerhalb des BGB-Systems zu bleiben und das Einordnungsproblem mit bewährter Methode zu bewältigen.

1) Unter Erklärungsbewußtsein ist das Bewußtsein des Handelnden zu verstehen, durch sein Verhalten eine rechtsgeschäftliche Mitteilung irgend welchen Inhalts zu machen, während der Geschäftswille die auf einen bestimmten wirtschaftlichen, rechtlich gesicherten Erfolg gerichtete Absicht ist; vgl. Lehmann, Allgem.T. des BGB, § 24, IV(S. 134).

2) Vgl. oben, § 7, II, 1).

3) Die Fälle dieser Art sind sehr selten. Schon hier sei bemerkt, daß der "Parkplatz-Fall", was nicht immer deutlich wird (vgl. Larenz, NJW 1956 S.1897) nicht hierher gehört. Dagegen wird man das ebenso viel zitierte wie ungewöhnliche Lehrbuchbeispiel der Trierer Weinversteigerung hierher zu rechnen haben, wobei jedoch nicht unbedingt ein Leistungsverhältnis der Daseinsvorsorge anzunehmen ist.

b) So verweist Siebert⁶⁾ selbst ausführlich auf die Zurückdrängung des Willensmoments schon in der BGB - Dogmatik . Dabei glaubt er insbesondere in der Rechtsprechung zu § 157 bedeutsame allgemeine Ansätze dafür zu finden, daß gegenüber dem objektiven, durch die Verkehrssitte typisierten Erklärungsverhalten sowohl eine Berufung auf fehlendes Erklärungsbewußtsein als auch auf fehlenden Geschäftswillen ausgeschlossen sei. Bei diesen Fällen ist, wie auch Siebert zugibt, Haftungsgrundlage nicht der Wille des Handelnden; trotzdem lägen rechtsgeschäftliche Tatbestände, nämlich "rechtsgeschäftliche Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens", vor⁷⁾.

Nach der Verkehrsauffassung sei ganz allgemein die Inanspruchnahme von Leistungen der Daseinsvorsorge als eine zum Vertragsschluß führende Willenserklärung anzusehen. Die "normierende Kraft der Verkehrssitte" legt nach Siebert die Bedeutung des Verhaltens im Massenverkehr fest, unabhängig davon ob im einzelnen Fall ein entsprechender Wille vorhanden ist oder nicht. Dies rechtfertige sich aus den rechtssoziologischen Merkmalen dieser Leistungsverhältnisse mit ihrem sozial-kollektiven Einschlag und der sozialen Typizität ihrer Abläufe⁸⁾. Siebert kommt zu dem Ergebnis, daß in den Fällen des mangelnden Erklärungsbewußtseins das Prinzip der Privatautonomie durch das der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung eingeschränkt wurde⁹⁾.

2.a) Diese Untersuchung von Siebert hat sicherlich den Vorteil, daß sie den offenen Bruch mit dem Gesetz vermeidet und versucht, durch kontinuierliche Rechtsfortbildung die neuen Erscheinungen bei Aufrechterhaltung der Einheit des

6)aaO, S. 27 ff .

7)Definition von Coing, in: Staudinger-Coing, Vorbem. 3 f vor § 116, der diese Vertrauenshaftung allerdings nicht mehr auf eine Willenserklärung zurückführt.

8)aaO, S. 31 . 9) aaO, S.32 .

Systems des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu bewältigen.

Trotzdem kann Siebert nicht ohne Bedenken gefolgt werden.

Zunächst scheint schon der Tenor, von dem Siebert ausgeht, nämlich die Bejahung der Zahlungspflicht in all diesen Fällen, etwas voreilig gewählt zu sein.

Es ist nicht so sehr das große Verdienst als vielmehr die große Gefahr der neuen Lehre, daß sie dieses Ergebnis als geradezu von vorherein feststehend herausgestellt hat.

Soll es wirklich keinen Unterschied machen, ob jemand sein Fahrzeug bewußt auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz abstellt oder ob er diesen Parkplatz benutzt, ohne zu wissen, daß er gebührenpflichtig ist ?

Im letzteren Fall würde die Zahlungspflicht bei unverschuldeter Unkenntnis - etwa weil kein entspr. Hinweis angebracht ist - zu reiner Erfolgshaftung führen und die gebührenpflichtigen Parkplätze wären eine Art "Mausefalle" für den Kraftfahrer, in denen er mehr oder weniger zufällig gefangen wird. Von rechtsgeschäftlichem Handeln könnte hier tatsächlich keine Rede mehr sein; es würde nicht nur eine Beschränkung, sondern ein völliger Ausschluß der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie vorliegen¹⁰⁾.

Nun ist zuzugeben, daß in den meisten Fällen die gebührenpflichtigen Parkplätze als solche auch gekennzeichnet sind. Es wird daher in der Regel dem jeweiligen Benutzer zurechenbar sein, wenn er die Gebührenpflichtigkeit nicht erkennt. Das Beispiel der unverschuldeten Unkenntnis zeigt jedoch, daß auch in den Fällen des mangelnden Erklärungsbewußtseins die Frage des Zustandekommens eines Vertragsverhältnisses nicht allein vom äußeren Verhalten her beurteilt werden kann und daß der Hinweis auf die rechtsgeschäftliche

10) Daß in diesen Fällen, bei denen das Ergebnis vermeintlich feststeht, auch insoweit noch offene Fragen vorliegen, hat Blomeyer, MDR 1957 S.153 und neuestens Wieacker, aaO S.275, klar herausgestellt: "Es sind nicht nur die Konstruktionsfragen zu erörtern, sondern auch die nicht immer genügend gewürdigte Frage nach dem materiellen Gerechtigkeitswert der Ergebnisse".

Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens nicht ausreichend ist, um eine Zahlungspflicht aus Vertrag zu begründen. Im übrigen wäre gerade bei dieser Formulierung zu fragen, wessen Vertrauen eigentlich geschützt werden soll: das des Parkwächters, der es versäumt, hat ein Schild anzubringen oder das der Allgemeinheit vor Dauerparkern geschützt zu werden oder - ist nicht auch das Vertrauen des einzelnen schutzwürdig, daß er dort nicht zu bezahlen braucht, wo er mit einer Zahlungspflicht nicht rechnen konnte und auch nicht rechnen durfte ?¹¹⁾

Auch bei der Inanspruchnahme einer allgemein angebotenen Leistung der Daseinsvorsorge ohne Erklärungsbewußtsein und ohne Geschäftswillen müssen wir, soll von einem Rechtsgeschäft noch die Rede sein können, nach einem subjektiven Kriterium suchen und dieses ist in der Zurechenbarkeit zu sehen.¹²⁾ Nur wenn dem einzelnen sein mangelndes Erklärungsbewußtsein zurechenbar ist, d.h. wenn ihm zum Vorwurf gemacht werden kann, daß er seine Leistungsverpflichtung hätte erkennen können, kann überhaupt eine solche Verpflichtung aus Rechtsgeschäft anerkannt werden.

b) Aber auch hierbei kann man nicht stehen bleiben. Nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist für die Wirksamkeit einer Willenserklärung Erklärungsbewußtsein erforderlich, zumindest aber berechtigt mangelndes Erklärungsbewußtsein zur Anfechtung¹³⁾.

11) Vielleicht spricht auch nur ein bürokratisches Bedürfnis für diese "simplification terrible"; so Blomeyer, aaO, S. 153 .

12) Kennenmüssen steht dem Kennen gleich. In diesem Sinne muß das Verhalten in seiner rechtsgeschäftlichen Bedeutung dem Handelnden zurechenbar sein. Insoweit übereinstimmend Larenz, Schuldrecht I, S.35; vgl. auch Staudinger-Coing, Vorb. 3f vor § 116 und (kritisch dazu) Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 153, IV, B, 1 .

13) Siebert, aaO, S. 26, Anm 76 .

Wenn von diesem Grundsatz in der Rechtsprechung Ausnahmen gemacht wurden, so z.B. für Gründungs- und Beitrittserklärungen bei juristischen Personen des Handelsrechts und für den Gründungsvertrag bei Personalgesellschaften¹⁴⁾, so mag hier der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Vordergrund gestanden sein.

In einer von Siebert besonders hervorgehobenen Entscheidung des Reichsgerichts¹⁵⁾ hatte der Beklagte Frachtgut der Klägerin angenommen, obwohl er wußte, daß es mit einer Nachnahme belastet war, zu deren Bezahlung die Klägerin ihn vorher aufgefordert hatte.

Wenn hier das Reichsgericht im Wege der Auslegung nach § 157 BGB unter Berücksichtigung der Verkehrssitte eine Vertragsannahme sah, so mag das - im Ergebnis zumindest - richtig sein.

Der Satz, daß jedermann seine Handlungen gegen sich gelten lassen muß, wie sie von der Verkehrssitte aufgefasst werden, ist jedoch geeignet zu einer bloßen Scheinbegründung oder gar zu ungerechten Ergebnissen zu führen. Er ist bei Individualverträgen im Handelsrecht, bei denen die persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander und damit auch gegenseitiges Vertrauen bedeutsam sind, entwickelt worden¹⁶⁾ und kann nicht ohne weiteres auf die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge übertragen werden.

14) Staudinger-Coing, Vorb. 23 a, f, vor § 116 und speziell zur Frage der Anfechtbarkeit bei Errichtung einer OHG, Schumann, Handelsrecht, Bd. I, Wiesbaden 1958, § 28, III (S. 220)

15) RGZ 95, 122 ff (124); Siebert, aaO S. 29.

16) Vgl. Riezler, Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 166 ff; Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933, S. 7 ff (Schweigen auf Bestätigungsschreiben), S. 22 ff (Schweigen bei der stillschweigenden Bevollmächtigung); ausf. auch Staudinger-Weber, Schuldverh., Bd 2, T. 1b, § 242, 11. Aufl. Berlin 1961, A, 202 ff, D, 323 f.

II) Versuch einer Lösung unter Heranziehung des Gleichheitssatzes

1. Will man dazu kommen, demjenigen, der ohne Erklärungsbewußtsein und ohne Geschäftswillen eine Leistung der Daseinsvorsorge in Anspruch nimmt, die Berufung auf diesen Mangel zu versagen und auch eine Anfechtung auszuschließen, dann sollte man sich hier nicht auf das Prinzip des Vertrauensschutzes berufen, sondern ist gezwungen andere Kriterien heranzuziehen.

Dabei könnte sich der Gleichheitssatz anbieten, der - wie oben dargestellt - den jeweiligen Leistungsträger verpflichtet, allen Abnehmern in gleicher Weise und zu gleichen Bedingungen seine Leistungen zur Verfügung zu stellen. Daraus ist umgekehrt zu schließen, daß die Leistungsempfänger nicht nur die gleichen Rechte haben, sondern sich auch gleiche Verpflichtungen gefallen lassen müssen.

Die positive Folgerung - gleiche Inanspruchnahme, gleiche Gegenleistung - dürfte jedoch nur für die normalen Fälle der Inanspruchnahme gezogen werden können und ergibt sich hier auf dem Boden der inhaltlich normierten Vertragsverhältnisse des Privatrechts.

Bei Inanspruchnahme ohne Erklärungsbewußtsein könnte dagegen gerade ein ungleicher Fall vorliegen, der abweichend von den normalen Fällen nach seiner besonderen Eigenart zu entscheiden wäre. Diese Bewertung, was als gleich und was als ungleich angesehen werden muß, kann nicht aus dem Gleichheitssatz selbst gewonnen werden¹⁷⁾.

17) Wie sehr der Maßstab, der Gleiches von Ungleichen zu scheiden vermag, von dem jeweils zugrunde gelegten moralischen, sozialen und ökonomischen Wertsystem abhängt, hat Raiser, ZHR 111(1948)S.75 ff, hervorgehoben.

Will man den Einzelnen an dem, "wofür er nichts kann", auch nicht festhalten, so wird fehlendes Erklärungsbewußtsein zu einer von den normalen Fällen abweichenden Lösung führen, sieht man in der Tatsache der erfolgten Inanspruchnahme allein das wesentliche Moment des hier vorliegenden Tatbestandes, so wird man die Zahlungspflicht bejahen. Der Weg über den Gleichheitssatz zwingt also zu wertender Beurteilung, die Wertung selbst aber bleibt dabei dem zur Beurteilung Berufenen nicht erspart.

2. Rechtssystematisch ist diese wertende Tätigkeit auf dem Boden des Privatrechts durch Heranziehung des § 242 BGB möglich¹⁸⁾ und von hier aus hat auch Wieacker die Berufung auf mangelndes Erklärungsbewußtsein ausgeschlossen, indem er auf den Grundsatz des widerspruchsvollen Verhaltens hingewiesen hat¹⁹⁾; der Verweigerung des Entgelts stehe das Prinzip des *venire contra factum proprium* entgegen. Wieacker betont zu Recht, daß dieser Weg sich auf einen traditionell gesicherten, spezifischen Billigkeitsgedanken stützt, dessen Vereinbarkeit mit dem System der Privatautonomie nicht bestritten werden kann. Er führt jedoch nicht aus, worin dieser spezifische Billigkeitsgedanke in vorliegendem Fall gesehen werden muß.

Wenn wir unsere Erwägungen zur Geltung des Gleichheitssatzes heranziehen, kommen wir zu dem Ergebnis, daß Wieacker die Inanspruchnahme als solche für das entscheidende Moment hält. Wegen der vollzogenen Inanspruchnahme würde die

18) Daß der Gleichheitssatz methodisch im Rahmen des § 242 BGB berücksichtigt werden kann, zeigt die Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Durchsetzung des Gleichheitssatzes auch auf anderen Gebieten, insbes. im Arbeitsrecht; vgl. Staudinger-Weber, aaO. A, 359 ff.

19) Wieacker, Festschr. OLG - Celle, S. 271.

Berufung auf mangelndes Erklärungsbewußtsein Treu und Glauben widersprechen²⁰⁾.

3. Vielleicht kann man dies vom Gleichheitssatz her für den Fall der(vorwerfbar) unbewußten Inanspruchnahme eines gebührenpflichtigen Parkplatzes noch präzisieren:

Zweck der Einführung gebührenpflichtiger Parkplätze war es, dem Parkplatzmangel an zentral gelegenen Plätzen und Straßen entgegenzuwirken²¹⁾. Sie sollen möglichst allen Verkehrsteilnehmern in gleicher Weise zugute kommen.

Es stehen also allgemeine, verkehrspolitische Erwägungen bei der Aufstellung von Parkuhren und der Einrichtung gebührenpflichtiger Parkplätze im Vordergrund.

Die Bewältigung der Parkplatznot ist ein echtes soziales Anliegen, zu dessen Bewältigung jeder Verkehrsteilnehmer sein Teil beizutragen hat. Von den gebührenpflichtigen Parkplätzen sollen daher nicht nur alle profitieren, es soll durch die Gebühr, die der einzelne als Opfer empfindet, auch jeder seinen Beitrag zur Bewältigung der Parkplatznot leisten. Gleicher Nutzen für jeden einzelnen, gleiche Chance für den Mitmenschen, das ist - kurz gesagt - das Anliegen .

20) So auch H. Lehmann, NJW 1958 S. 5: "Nicht die Inanspruchnahme der Versorgung, sondern die erfolgte Befriedigung des Versorgungsbedürfnisses muß die Berufung auf Willensmängel ausschließen".

21) In diesem Sinne die Begründung zur Novelle vom 14.03.1956 zu § 16 Abs.3 StVO: "Parkuhren sind in vielen Fällen eine geeignete Hilfe zur Milderung der Parknot; sie können dort, wo der Parkraum besonders knapp ist, dazu verwendet werden, daß der Wechsel der parkenden Kraftfahrzeuge beschleunigt wird..."; vgl. Floegel-Hartung, Straßenverkehrsrecht, 14. Aufl. München und Berlin 1963, Anm. 6 zu § 16 StVO. Sehr kritisch zur Zulassung von Parkuhren und damit zur öffentlich-rechtlichen Seite der Entscheidung des BGH, Bettermann, MDR 1957 S. 151 ff .

Die Berufung auf den vorwerfbar fehlenden Geschäftswillen und das mangelnde Erklärungsbewußtsein steht nicht nur zum eigenen Verhalten, der tatsächlichen Inanspruchnahme, in Widerspruch, sie verletzt auch die Belange der anderen Verkehrsteilnehmer, ist damit unsoziales Verhalten und daher als gegen Treu und Glauben verstoßend unbeachtlich²²⁾.

§ 17 Die Inanspruchnahme bei gleichzeitigem oder vorhergehenden Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit

1. Konnte der Gerechtigkeitswert der eine Gebührenpflicht bejahenden Entscheidung bei den Fällen mangelnden Erklärungsbewußtsein immerhin zweifelhaft sein, so steht er bei den nunmehr zu behandelnden Fällen der bewußten und gewollten Inanspruchnahme einer als gebührenpflichtig erkannten Leistung der Daseinsvorsorge bei gleichzeitigem oder vorhergehenden Protest gegen die Gebührenpflichtigkeit ausser Frage¹⁾.

22) Verf. ist sich bewußt, daß eine nähere Untersuchung des hier verwendeten Wortes "unsozial" wiederum in eine Auseinandersetzung mit dem Gleichheitssatz führen müßte. Wenigstens angedeutet sollte jedoch werden, daß dies im Rahmen des § 242 BGB möglich ist. Diese Bestimmung ist damit geeignet, auf dem Gebiet der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge als Weg und zugleich als Regulativ öffentlich-rechtlicher Gesichtspunkte im Rahmen privatrechtlicher Betrachtungsweise zu dienen.

1) In der Literatur, aber auch in der Parkplatzentscheidung des BGH, werden diese Fälle, in denen der Protest gegen die Gebühr wider besseres Wissen erfolgt, nicht immer genügend unterschieden von den Fällen der Inanspruchnahme auf die Gefahr eines Rechtsirrtums hin. Vgl. jedoch Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 35/36, wo diese Unterscheidung wenigstens noch angedeutet ist und Flume, Festschr. DJT, 1960, I, S. 180; Wieacker, Festschr. OLG-Celle, S. 270.

Larenz nennt hierzu als Beispiel²⁾, daß jemand in die Straßenbahn einsteigt und sogleich erklärt, er werde nicht bezahlen (sc.:einfach und allein deshalb, weil er nicht bezahlen wolle).

Daß ein solcher Querulant bezahlen muß wie jeder andere, bzw.sofort wieder auszusteigen hat, wird von niemandem bezweifelt und daher wird auch kein vernünftiger Mensch auf die Idee kommen sich so zu verhalten.

Der Jurist kann sich jedoch mit dieser Erklärung nicht zufrieden geben. Für ihn stellt sich die rechtstheoretisch bei der Diskussion der faktischen Vertragsverhältnisse viel erörterte Frage, ob auch hier die Zahlungsverpflichtung auf einen echten Vertrag gestützt werden solle und könne..

2.a) Larenz leugnet hier einen Vertragsschluß, weil niemandem etwas als Inhalt einer Willenserklärung zugerechnet werden könne, was er gerade als nicht gewollt eindeutig zu erkennen gegeben habe³⁾.

b)Demgegenüber stützt sich die wohl herrschende Auffassung in der Lehre auf dieaus § 242 BGB entwickelte Regel des venire contra factum proprium, genauer "auf den ungeschriebenen, aber darum nicht weniger festen Rechtssatz" der protestatio facto contraria⁴⁾. Damit gelingt es ihr-wenn auch auf einem rechtskonstruktiven Umweg - auch diesen Fall mit der Lehre vom rechtsgeschäftlichen Vertragsabschluß in Einklang zu bringen.

2)NJW 1956 S.1897

3)NJW 1956 S.1899; DRiZ 1958 S.247; Lehrbuch I, S. 34 .

4)Wieacker, aaO S.268/269 ; Siebert, aaO S. 34 f; H.Lehmann, NJW 1958 S.6;Küchenhoff, RdA 1958 S.125:"Bei unlösbarem Widerspruch zwischen Verhalten und Wort geht das rechtmäßige Verhalten dem abweichenden Wort für die Auslegung vor". Nipperdey, MDR 1957 S.130;Wieacker, JZ 1957 S.61 .

Auch nach dieser Auffassung entscheidet also das "factum", die tatsächliche Inanspruchnahme, aber sie wird als Willenserklärung (durch das Medium des schlüssigen Tuns) gewertet, der gegenüber die ausdrückliche Erklärung - weil wider Treu und Glauben verstoßend - unzulässig und daher unbeachtlich ist. Die ausdrückliche Verwahrung kann die rechtliche Bewertung des Verhaltens im Sinne einer Vertragsannahme nicht ausschließen; der Erklärende hat durch sein eigenes Verhalten die Geltendmachung einer anderen Auslegung verwirkt⁵⁾. Siebert⁶⁾ weist auch hier darauf hin, daß dem Protestierenden ein rechtsgeschäftlicher Wille zugerechnet wird, den er tatsächlich nicht hat. Zu Recht betont er jedoch, daß neben der Privatautonomie eine Reihe von anderen Gesichtspunkten in der Ausformung unsers Privatrechts eine Rolle spielen, so insbesondere die Prinzipien von Treu und Glauben, des Interessenausgleichs und des Vertrauensschutzes, die alle begrenzend und ergänzend tief in die Privatautonomie eingreifen⁷⁾.

3.a) Wenn auch diese Begründung uns nicht ganz befriedigen kann, so deshalb, weil es uns scheint, daß hier ebenso wie von der neuen Lehre, für die einziges Kriterium die tatsächliche Inanspruchnahme ist, verschiedene Sachverhalte in unzulässiger Weise über den gleichen Kamm geschoren werden. Es bestreitet niemand - auch Haupt nicht - , daß der blinde Passagier, der ja auch -nur heimlich - sich mit der Gebührenpflicht nicht einverstanden zeigt, nicht nach Vertragsrecht,

5) H. Lehmann, aaO, S. 6; ebenso Staudinger-Coing, aaO, Vorbem. 9 zu § 116 .

6) aaO, S. 35 .

7) Staudinger-Coing, aaO, Einl. 2d vor § 104; zur Begrenzung der Privatautonomie vgl. besonders F. von Hippel, Privatautonomie, S. 110 ff; Manigk, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935 S. 62 ff .

sondern nach Deliktsrecht haftet. Warum soll derjenige, der sich offen gegen die Rechtsordnung auflehnt, besser gestellt sein und warum soll ihm die Sanktion, die in der Anerkennung eines Vertragsschlusses zu sehen ist, zugute kommen ?

In der Rechtsprechung ist inzwischen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als absolutes Recht im Sinne des § 826 BGB anerkannt worden⁸⁾. Der widerrechtliche und schuldhafte Eingriff in dieses Recht verpflichtet den Verletzer zum Schadensersatz und zwar ist nach anerkannten Grundsätzen der Schaden in diesen Fällen, in denen der Geschädigte seine Leistung umzusetzen pflegt, nach dem objektiven Wert des entzogenen Gewinns zu berechnen⁹⁾. Dasselbe gilt für die Eingriffskondiktion. Auch hier ist die Höhe der Bereicherung im Einklang mit der besonders durch von Caemmerer¹⁰⁾ zum Siege geführten Auffassung nach dem objektiv ersparten Gebrauchsvorteil, den der Benutzer erlangt hat, zu berechnen. Der Benutzer wäre hier, wenn man

8) Vgl. z.B. BGHZ 3, 270 = NJW 1953 S.900; BGHZ 24, 200 = NJW 1957 S.1315; BGHZ 29, 65 = NJW 1959 S.479 (mit Anm. von Lehmann in NJW 1959 S.670); neuestens grundlegend hierzu von Caemmerer, Festschr. DJT, 1960, Bd. II, S. 49 ff (83 f).

9) Wieacker, aaO S.267/268. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß trotz der Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB dem Ersatzpflichtigen der Gegenbeweis offen bleibt, daß der Gewinn tatsächlich nicht gemacht worden wäre; vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO, § 15, Anm.8; Palandt-Danckelmann, Anm. 3a zu § 252; Larenz, Schuldrecht I, S. 156 ff.

10) Grundlegend, Bereicherung und Unerlaubte Handlung, in: Festschr. f. Rabel, Bd. I, 1954, S. 333 unter fortschreitender Zustimmung der Wissenschaft und der führenden Kommentare. Danach ist bei rechtlicher Zuweisung des Erwerbs an eine bestimmte Person (z.B. das Bewachungsunternehmen) der gesamte vorenthaltene Erwerb Gegenstand der Bereicherungsforderung.

nicht zur Konstruktion eines Vertrages greift, ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Unternehmers in voller Höhe der tariflich festgesetzten Gebühr bereichert¹¹⁾.

Unser Zivilrecht trägt also der andersartigen Lage, in der ein bewußt gegen die Gebührenpflicht sich Auflehrender im Vergleich zu demjenigen befindet, der die vorgefundene Ordnung akzeptiert, Rechnung. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb für den Bereich der Daseinsvorsorge diese Differenzierung durch eine schematische Gleichbehandlung nach Vertragsrecht ausgeschlossen werden soll.

Dem Prinzip des *venire contra factum proprium* soll damit natürlich nicht seine Berechtigung abgesprochen werden. Insbesondere bei Individualverträgen, bei denen durch das *factum* ein Vertrauenstatbestand für den anderen Teil geschaffen wird, hat die Heranziehung des § 242 BGB seine Berechtigung. Wenn ein Erklärungsgegener aber nicht vorhanden ist wie in den Fällen des § 151 BGB, so fehlt ein solcher Vertrauenstatbestand. Hier sollte man daher zur Konstruktion von Verträgen über § 242 BGB nur dann greifen, wenn dies erforderlich ist, um ein gerechtes Ergebnis zu erzielen.¹²⁾

b) Auch vom Gleichheitssatz her ist eine solche Differenzierung, bei der die innere Einstellung des jeweils Handelnden besser berücksichtigt wird, nicht verboten. Im Gegenteil: Die innere Seite des Verhaltens, die nach der Wertung unseres Privatrechts eine so große Bedeutung hat und sich besonders auch aus der zentralen Stellung der autonomen Persönlichkeit, wie sie im Grundgesetz verankert ist, ergibt, kann geradezu als das wichtigste Merkmal angesehen werden, das diese Differenzierung fordert.

11) Blomeyer, MDR 1957 S.149

12) So bei dem vom BGH entschiedenen Stromentnahmefall, (oben, § 13, 2) .

Und schließlich ist es auch nicht richtig, daß der reibungslose und rationelle Ablauf der hier vorliegenden Leistungsverhältnisse über deren ohnehin gegebene Schematisierung hinaus die rechtliche Gleichbehandlung des in Wirklichkeit Ungleichen verlangt. Denn - abgesehen davon, daß im Ergebnis von dem nach Delikts- oder Bereicherungsrecht zumindest die gleich hohe Gebühr zu entrichten ist -, wird sich die vielbeschworene Notwendigkeit zu reibungslosem Ablauf häufig als ein bürokratisches Bedürfnis entpuppen, dem man nicht entgegenkommen sollte¹³⁾.

§ 18 Der Sonderfall des Protestes wegen rechtlicher Zweifel über die Gebührenpflichtigkeit

1. Von dem soeben behandelten Fall ist zu unterscheiden der des Protestes gegen die Gebühren wegen rechtlicher Zweifel über die Gebührenpflichtigkeit.

So lag der Hamburger Parkplatzfall. Der dortige Beklagte wollte zu keinem Zeitpunkt unberechtigt parken, er war auch nicht im Irrtum über den Erklärungswert seines Verhaltens und vollends nicht ohne Erklärungsbewußtsein. Sein Protest betraf in Wahrheit eine reine Rechtsfrage¹⁾.

13) Wieacker, aaO S. 272, betont sehr zurecht, daß sich in diesen Fällen "offenbar die Suggestion des anonymen Massenverkehrs, des Zurücktretens des einzelnen in die Kollektivität der Daseinsvorsorge vorgeedrängt" habe, die sich jedoch als eine "Chimäre" enthülle, da die Rationalisierungs- und Kalkulationsinteressen mangels wirtschaftlicher Tragweite des Ausnahmefalles und bei regelmäßiger Sicherung der Gegenleistung durch Delikts- und Bereicherungsrecht ernstlich gar nicht ins Gewicht fallen.

1) Siebert, Faktische Vertragsverh., S. 36; Wieacker, Gött. Festschr. OLG-Celle, S. 270; Flume, Festschr. DJT, 1960, I, S. 168: "Der Parkplatzfall ist durch drei Instanzen verfolgt worden, weil der Benutzer der Ansicht war ..., daß er gar keine entgeltliche Leistung in Anspruch genommen habe."

Dies hat indes die Kritiker des Bundesgerichtshofes nicht daran gehindert, auch hier mit der Formel der protestatio facto contraria zu argumentieren²⁾, obgleich die Heranziehung dieses Grundsatzes vorausgesetzt hätte, daß zwei verschiedene Erklärungsinhalte vorlägen.

Die Befürworter einer solchen Lösung können sich freilich auf eine viel zitierte Entscheidung des Reichsgerichts, RGZ 111, 310 ff, stützen³⁾. Auch in diesem Falle gründete sich der Protest der Beklagten auf rechtliche Zweifel und im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Inzidentfrage, ob die Erhöhung der Strompreise in dem dafür vorgesehenen Verfahren rechtmäßig erfolgt sei. Dem bei der Prüfung dieser Frage gewonnen Ergebnis hat dann das Reichsgericht, um die Zahlungspflicht, die anderweit schon feststand, zu begründen, einen Vertrag nachgeschoben.

Ebenso stand im Mittelpunkt der richterlichen Prüfung bei der Parkplatzentscheidung nicht die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen sei, sondern das Problem, ob der Gemeingebrauch von der Entrichtung einer Gebühr abhängig gemacht werden könne. Wäre die Zulässigkeit dieser Beschränkung des Gemeingebrauchs verneint worden, dann hätte damit auch die Klage abgewiesen werden müssen und niemand hätte daran gedacht, im Abstellen des Kraftfahrzeugs auf einem öffentlichen Platz eine schlüssige Willenserklärung, eine dieser analog zu behandelnde Willensbetätigung oder ein sozialtypisches Verhalten zu sehen. Die Verwahrung wäre dann - weil nicht nach Treu und Glauben unbeachtlich - wirksam und entwertete die Auslegung der Auffahrt auf den Parkplatz als Vertragserklärung.

2) Wieacker, JZ 1957 S. 61 f; Nipperdey, MDR 1957 S.130; Lehmann, NJW 1958 S.3; Siebert, aaO, S. 34 .

3) Oben, § 13, 3).

2. Von hier aus wird deutlich, daß es in diesen Fällen, in denen die Rechtslage zweifelhaft ist, nicht so sehr darum geht, das Vertrauen des Vertragspartners in das ihm gegenüber geäußerte Verhalten zu schützen, als vielmehr darum, das Risiko der Unrichtigkeit seiner Rechtsauffassung dem jeweils Handelnden aufzuerlegen. Weil er dieses Risiko zu tragen hat, ist sein Protest unbeachtlich, nicht weil er in Widerspruch zu dem eigenen Verhalten steht.

Die Lage ist also ähnlich wie in § 989 BGB, der dem (unberechtigten) Besitzer die verschärfte Haftung schon von der Rechtshängigkeit an auferlegt, also von einem Zeitpunkt an, in dem die wirkliche Rechtslage ebenfalls noch ungewiss ist⁴⁾.

Ob es bei dieser Lage trotzdem zulässig ist, auf das Prinzip der protestatio facto contraria zurückzugreifen, um die Gebührenpflicht aus einem Vertrag herleiten zu können, mag offen bleiben⁵⁾. Jedenfalls muß man sich darüber klar sein, daß es hier um die Verteilung des Risikos einer ungewissen Rechtslage geht und nicht um die Feststellung der tatsächlichen äußeren und inneren Elemente einer Willenserklärung oder eines schlüssigen Verhaltens.

4) Vgl. hierzu Wieacker, Gött.Festschr. OLG-Celle, S. 270

5) Wieacker, aaO, S. 270 und JZ 1957 S.62 bejaht diese Begründung, indem er feststellt, daß das spätere Urteil den Geltungswert des schlüssigen Verhaltens von Anfang an deklarieren. Wer wissentlich auf die Gefahr hin handle, sein Verhalten dürfe als Vertragsantrag verstanden werden, sei an den Erklärungswert des Verhaltens gebunden.

§ 19 Vertragsschluß trotz fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit

1. Die neue Lehre beruft sich gerne darauf, daß für die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge die starre Regelung der Geschäftsfähigkeit im geltenden Recht zu unannehmbaren Ergebnissen führen müsse¹⁾. An die Stelle der gesetzlichen Regelung solle daher bei diesen Leistungsverhältnissen einfach die natürliche Einsicht in die sozialtypische Bedeutung des Verhaltens treten. Da z.B. auch ein sechs-jähriges Kind wisse, daß eine Fahrt mit der Straßenbahn Geld kostet, müsse es insoweit auch als geschäftsfähig angesehen werden.²⁾

Dieses Beispiel ist zunächst einleuchtend. Aber es drängt sich dann sofort die Frage auf, wie es sein solle, wenn dieses Kind etwa mit gestohlenem Geld am Bahnschalter eine Fahrkarte in das Ausland ersteht. Auch hier hat es Einsicht in die sozialtypische Bedeutung seines Verhaltens. Soll also auch hier ein Beförderungsvertrag zwischen Bundesbahn und Kind zustande gekommen sein? Und soll auch der unerkennbar Geisteskranke, der aus der Irrenanstalt entspringt und sich eine Flugkarte nach Amerika bestellt, damit zur Bezahlung des Flugpreises verpflichtet werden, nur weil er genau wußte, daß Fliegen Geld kostet?

Und schließlich, wer soll jeweils feststellen, ob die natürliche Einsicht in die sozialtypische Bedeutung des eigenen Verhaltens jeweils gegeben war oder nicht? Auch ein erfahrener Richter käme hier ohne psychologische und psychiatrische Gutachten nicht aus.

1)Haupt, Über faktische Vertragsverh., S. 31; Larenz, Schuldrecht I, S. 35; Betti, in:Festschr. f.H.Lehmann, 1956, I, S. 267; Simitis, Die faktischen Vertragsverh., S.523 ff; aber auch Wieacker, NJW 1956 S. 1899 .

2)Larenz, NJW 1956 S.1899 .

3)Vgl. auch die Beispiele b.Blomeyer, MDR 1957 S.133 und H. Lehmann, NJW 1958,S. 5 .

2. Es zeigt sich sofort, daß der Boden sehr unsicher wird, sobald man die gesetzliche Regelung als ganzes einfach verwirft. Aber nicht nur der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit läßt die neue Lösung als undurchführbar erscheinen. Die Regelung der Geschäftsfähigkeit⁴⁾ im Hinblick auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr ist insbesondere durch soziale Gesichtspunkte bestimmt⁵⁾. Personen, die wegen jugendlichen Alters oder wegen geistiger Gebrechen nicht in der Lage sind, sich für ihre Belange richtig einzusetzen und ihre Interessen wahrzunehmen, sollen vom rechtsgeschäftlichen Verkehr ausgeschlossen oder doch nur in gewissem Umfange zugelassen werden. Dadurch sollen sie geschützt werden und zwar nicht nur vor den ihnen geistig Überlegenen, sondern auch vor eigenen unwirtschaftlichen Dispositionen. Daneben wird durch den Ausschluß dieser Personen vom rechtsgeschäftlichen Verkehr auch einer möglichen Störung der Interessen Dritter und der Rechtsordnung selbst vorgebeugt. Denn nur von geistig reifen Menschen kann erwartet werden, daß von ihnen herbeigeführte rechtsgeschäftliche Neuregelungen auch "richtige" im Sinne der Rechtsordnung sind.⁶⁾

Die Geschäftsfähigkeit des Kleinkindes und des Geisteskranken wird vom Gesetzgeber auf Grund einleuchtender Bewertung verneint und nicht zu Unrecht hebt Breit⁷⁾ hervor, daß wir hier vor "dem ersten Stück sozialer Gesetzgebung stehen, das die Rechtsordnung kennt".

Von hier aus ist es zumindest überraschend, daß eine Lehre, die ihre Legitimation nicht zuletzt aus sozialstaatlichem

4) Bei den Begriffen "Geschäftsfähigkeit" und "beschränkte Geschäftsfähigkeit" handelt es sich um jur. Kurzausdrücke, die eine bestimmte Antwort auf verschiedene Fragen enthalten, nicht aber um natürliche oder rechtliche Eigenschaften der so bezeichneten Personen. Vgl. F. von Hippel, Privatautonomie, S. 117 ff.

5) Hierzu grundlegend F. von Hippel, aaO S. 119 ff.

6) Vgl. oben § 1, Anm. 16.

7) Breit, Die Geschäftsfähigkeit, Leipzig 1903 S. 2.

Pathos herleitet, diesen Schutz ohne nähere Prüfung einfach aufgeben und durch neue, zumindest noch nicht hinreichend konkretisierte Maßstäbe ersetzen will.

Sicherlich kann man darüber streiten, ob die Regelung der Geschäftsfähigkeit in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch eine glückliche ist oder ob nicht eine differenzierendere Abstufung und eine elastischere Bestimmung vorzuziehen wären.⁸⁾ Das eigentlich Beunruhigende an der neuen Lehre liegt jedoch auch hier nicht so sehr am Ergebnis, als vielmehr in der Methode. Die Auseinandersetzung mit der gesetzlichen Regelung erfolgt gleichsam von außen her und unter Außerachtlassung der dieser Regelung zugrunde liegenden Gesichtspunkte, wobei die Freistellung von der gesetzlich normierten Lehre und die Anerkennung einer "Zwei-Ebenen-Theorie" nicht zuletzt zur Rettung des eigenen Systems auch in allen zugehörigen Einzelfragen neue Lösungen notwendig erscheinen lassen⁹⁾.

3. In Kritik zu diesen Vorschlägen, die zu einer Auflösung des Begriffs der Geschäftsfähigkeit führen, hat die herrschende Lehre zutreffend darauf hingewiesen, daß kein praktisches Bedürfnis zu einer solchen Neuregelung bestehe.¹⁰⁾

Die Fälle der Geschäftsunfähigkeit sind sehr selten, da hier die Gegenseite den Vertragsschluß meist ablehnen wird und es sich in den Fällen einer Inanspruchnahme ohne vorhergehenden persönlichen Kontakt zwischen den Beteiligten immer um Bagatellfälle handelt, wobei dann immer noch über Bereicherungsrecht geholfen werden kann.

8) Dabei ist zu beachten, daß eine solche Abstufung durch zahlreiche Vorschriften - etwa bei Zulassung zu Berufen, die besondere fachliche Anforderungen stellen (z.B. Anwalt, Arzt, Apotheker, Techniker usw.) sowie durch ein ausgedehntes Prüfungs- und Test-System tatsächlich schon gegeben ist. Vgl. hierzu: F. von Hippel, Privatautonomi, S. 121/122, insbes. Anm. 11.

9) Die Einführung der "Einsichtsfähigkeit" bedeutet ebenso wie die der "Zurechenbarkeit" vom Standpunkt einer auf "rein objektive Tatbestände" abstellenden Lehre eine Inkonzsequenz.

10) z.B. Lehmann, NJW 1958 S. 5; Siebert, aaO, S. 36; Enneccerus-Nipperdey, § 164, VII, 3 b.

Durch die gerade bei öffentlichen Verkehrsunternehmen bestehende Gefährdungshaftung hat auch der Geschäftsunfähige hinreichend Schutz¹¹⁾.

Auch die Fälle der beschränkten Geschäftsfähigkeit, bei denen echte Probleme im Sinne der neuen Lehre auftreten, sind selten. Denn teils ist ihre besondere Situation vom Gesetz her bereits berücksichtigt, teils werden sie - ebenfalls durch gesetzliche Bestimmungen - von den in Frage stehenden Leistungen von vornherein ausgeschlossen. So ist z.B. Voraussetzung für die Erlangung eines Führerscheins für Kraftfahrzeuge die Vollendung des 18. Lebensjahres¹²⁾. Wer dann als Kraftfahrer am Straßenverkehr teilnehmen darf, darf auch auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz parken und einen Bewachungsvertrag abschließen, aber nicht etwa, weil er jetzt die sozialtypische Bedeutung seines Verhaltens einsieht, sondern weil die Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters zur Teilnahme an einer Fahrschule und zum Autofahren auch die Genehmigung mit den damit verbundenen Rechtsgeschäften mit umfassen wird (§ 108, Abs. 1 BGB) oder weil er die hier anfallenden geringen Gebühren mit seinem Taschengeld bezahlen kann (§ 110 BGB) oder weil der Geschäftsbetrieb des Minderjährigen oder die Erfüllung der sich aus einem Arbeitsvertrag ergebenden Pflichten (§ 113 BGB) auch diese "Nebentätigkeit" notwendig macht. In den dann noch übrig bleibenden Fällen werden auch hier die Bereicherungsvorschriften zu befriedigenden Ergebnissen führen.

11) Vgl. § 8 Abs. 2 StVG und hierzu bes. BGHZ 1, 99 ;
12) § 7 StVZO i.d.F. v. 06.12.1960 (BGBl. I, 897).

§ 20 Zusammenfassung der Gründe für die eigene Stellungnahme

Unsere Untersuchung hat gezeigt, daß die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge mit den herkömmlichen Institutionen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bewältigt werden werden können und daß unser Schuldrecht bei vorsichtiger Differenzierung der jeweiligen Lebenssachverhalte elastisch genug ist, um danach die neuen Erscheinungen zu beurteilen.

1. Gerade die Differenzierung ist es, zu der die strenge Orientierung am geltenden Recht zwingt, während die Lösung vom geltenden Recht durch Einführung einer "Zwei-Ebenen-Theorie" leicht zu unzulässiger Verallgemeinerung führt.

Nicht die faktische Inanspruchnahme als solche oder bloß äußeres, sozialtypisches Verhalten allein kann bei normativer Bewertung berücksichtigt werden¹⁾, zu berücksichtigen ist auch, wer hier in Anspruch nimmt, ein Geschäftsfähiger oder ein Geschäftsunfähiger und mit welcher inneren Haltung die Inanspruchnahme jeweils erfolgt, wissentlich oder unbewußt, willentlich oder unter Zwang, bei klarer Kenntnis der Bedeutung des eigenen Tuns oder irrtümlich, bereit zu entsprechender Gegenleistung oder als Dieb oder als "blinder Passagier".

Nur diese Unterscheidungen werden der Tatsache gerecht, daß hier immerhin freie Menschen handeln und nicht unpersönliche Roboter in Aktion treten.

Normatives, d.h. wertendes, an Maßstäben ausgerichtetes Rechtsdenken, kann nicht vor den soziologischen Erscheinungen der "Massenhaftigkeit", "Entpersönlichung" und "Schematisierung" kapitulieren²⁾.

1) Überspitzt könnte man sagen, daß wenn "Tatsachen in Zukunft den gleichen Erfolg haben könnten wie willensbedingte Verträge, würden Juristen in Zukunft nur noch benötigt, um wie Kriminalisten diesen Tatsachen nachzuspüren". H. Wolff, NJW 1953 S. 1250

2) Esser, AcP 157 S. 91 .

Eine Rechtsordnung, die die Würde des freien Einzelmenschen in den Mittelpunkt stellt³⁾, darf nicht zugunsten einer angeblichen "Lebensnotwendigkeit", einer "Rückwirkung der Sozialsphäre auf die Individualsphäre" eines "sozialtypischen", d.h. doch wohl kollektiv bestimmten und bewerteten Verhaltens, auf die der Einzelperson zugeordnete Kategorie der Willenserklärung verzichten.

Das Willensdogma hat sich hier zu bewähren nicht als "soziales Marktinstrument der besitzenden Klasse", wie Anton Menger es vor siebzig Jahren beurteilt hat,⁴⁾ sondern als ein "sicherer reduct aller Schichten der Bevölkerung vor dem Interventionismus des Wohlfahrtsstaates"⁵⁾.

2. Als weiterer Vorteil der hier eingeschlagenen Methode und der hier vorgeschlagenen Lösungsversuche muß der mit ihr verbundene Zwang und die Möglichkeit einer vorsichtigen und schrittweisen Rechtsfortbildung bei grundsätzlicher Systemerhaltung bewertet werden⁶⁾; diese Möglichkeit bleibt der neuen Lehre verschlossen, wenn sie sich von vornherein von dem bewährten Institut des rechtsgeschäftlichen Vertragsabschlusses loslöst und die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge selbständig neben die Vertragsverhältnisse des Bürgerlichen Rechts stellt.

Mit Recht hat Esser⁷⁾ festgestellt, daß durch den Übereifer unserer Forschung in der realistischen Erfassung neuer Abschlußformen die Entwicklung zu "dogmatischem Nihilismus" unterstützt werde.

3)Das Menschenbild nach dem GG ist allerdings nicht das eines isolierten souveränen Individuums, vielmehr das des Menschen, der als Person in der Spannung Individuum - Gemeinschaft stehend diese Spannung ist vom GG i.S. der Gemeinschaftsbezogenheit der Person gelöst worden, ohne dabei deren eigenwert anzutasten (BVerfG 4, 15).

4)A. Menger, Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Völksklassen, 5. Aufl. Tübingen 1927 .

5)Esser, AcP 157 S.93

6)Diese Rechtsfortbildung kann allerdings nicht über logische Kunstgriffe und Fiktionen erfolgen.

7)Esser, aaO, S.86 .

Wenn trotzdem die neue Lehre von der Berücksichtigung der subjektiven Seite bei der Beurteilung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht völlig befreien kann und so etwa dazu nötigt, nach "Mindestanforderungen einer natürlichen Erkenntnisfähigkeit des eigenen Tuns" zu fragen, dann geschieht das nicht unter Zugrundelegung der gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, die Frage wird nicht innerhalb des geltenden Rechts gestellt, sondern gleichsam von außen her und bei grundsätzlicher Freistellung von den durch die gesetzlichen Bestimmungen gegebenen Möglichkeiten. Und ebenso ist es auch bei Willensmängeln. Mit der einfachen Feststellung, Willensmängel seien hier unbeachtlich, weil es auf den Willen nicht ankomme, ist nichts gewonnen. Dahinter steht, was nicht übersehen werden darf, die Überlegung: Weil das Vertragsverhältnis in seinem Bestand geschützt werden soll und Willensmängel daher nicht berücksichtigt werden dürfen, kann es nicht auf den Willen ankommen.

Demgegenüber zwingt die gesetzliche Regelung zu der vorurteilslosen Frage, warum und inwieweit bei den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge im konkreten Fall Willensmängel unberücksichtigt bleiben sollen. Damit wird zunächst deutlich, daß es sich hier um eine offene Frage handelt, wobei eine Vermutung für die Berücksichtigung der Willensmängel spricht, das Abweichen von der im Gesetz allein vorgesehenen Regelung im einzelnen Fall aber einer genauen und sorgfältigen Begründung bedarf.

Dabei geht es dann um ein Bewertungsproblem, das methodisch durch eine gegenüber dem Wortlaut des § 119 BGB restriktive Gesetzesauslegung unter Berücksichtigung des Zweckes der Vorschrift und der von ihr vorausgesetzten Interessenlage zu lösen ist. Der Schritt nach vorn wird nicht dadurch erreicht, daß man sich vom Gesetz loslöst, sondern nur durch das vorsichtige Bemühen um eine Fortbildung des geltenden Rechts und durch volle Ausschöpfung der durch das Gesetz schon gegebenen Möglichkeiten.

3. Ferner ist die neue Lehre geeignet, leicht zu unwissenschaftlicher Praxis zu führen. Sie stellt den Richter frei von den festen Maßstäben der lex lata, ohne ihm neue Richtlinien geben zu können.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur stillschweigenden Hofübergabe und zum formlosen Erbvertrag hat das sehr deutlich gezeigt⁸⁾.

Hier hat der Bundesgerichtshof - ohne die Grenzen der neuen Lehre zu sehen - die für kollektive, massenförmige Vorgänge entwickelten Grundsätze auf einen höchstpersönlichen Vorgang, den Abschluß von Hofübergabe- und Erbverträgen, übertragen.

In seinem Beschluß vom 05.02.1957 läßt es der Bundesgerichtshof einfach dahingestellt, ob das von ihm gewünschte Ergebnis, die Hofübertragung an den Kläger, aus Vertrag oder aus sozialtypischem Verhalten ohne Vertragsschluß hergeleitet werden soll. Hier sind sich die Meinungen in der Literatur einig, daß durch diese Entscheidung der Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz verletzt worden ist (Art.20 GG)⁹⁾.

Aber das ist nicht der einzige Vorwurf, der dieser Entscheidung zu machen ist. Im Hinblick auf die neue Lehre zeigt sie, wie leicht vielfach verwendete Allgemeinbegriffe mit Bedeutungsinhalten gefüllt werden können, die ihnen ursprünglich nicht zukamen und auch nicht zukommen sollten.

8) V.ZR (V/BLw 60/53), Beschl. vom 16.2. 1954 = BGHZ 12,186 (mit Berufung auf Tasche, Jähr.Jahrb. Bd.90 S.101 ff); V.ZR(V BLw 37/56), Beschluß v. 5.2.1957 = BGHZ 23,249 = FamRZ 1957 S 310 ff; weitere Nachw. bei Enneccerus-Nipperdey, § 153, Anm 40 und § 154, Anm.23. Kritisch zu dieser Rspr. Wieacker, FamRZ 1957 S.287(290) und neuestens: Gött.Festschrift OLG-Celle, S. 274 ff.
9) Wieacker, aaO, S.283; Siebert, Faktische Vertragsverh., S. 39, Anm 126 .

Mit dem Satz, "die im Bauernstand seit langem verbreitete Übung, die Erbfolge in den Hof schon zu Lebzeiten zu regeln, legt eine Übertragung dieser Gedankengänge von den Erscheinungen des Massenverkehrs auf typische Vorgänge des Höferechts nahe", wurde die Typizität des modernen Massenverkehrs in das "Zeitlos-Lebenstypische der bäuerlichen Generationenfolge" umgedeutet¹⁰⁾.

Geblichen ist nur die "Begriffshülse", das angeblich sozialtypische, das nun zur Begründung eines für gerecht gehaltenes Ergebnisses mit entsprechendem Inhalt gefüllt wird.

Mit Recht hat Wieacker darauf hingewiesen, daß es zu einer Auflösung der Grundbegriffe des Privatrechts führen müsse, wenn man den Richter von der Pflicht entbinde, klarzustellen, ob er Rechtswirkungen aus einem Vertragsverhältnis oder aus sozialtypischem Verhalten herleiten will¹¹⁾.

4. Und noch eine Anmerkung Wieackers zu dieser Entscheidung scheint uns darüber hinaus für die Beurteilung der neuen Lehre von grundsätzlicher Bedeutung zu sein:

Die Ausdehnung der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, meint Wieacker, komme auf den ersten Blick der sozialstaatlichen Verantwortung des heutigen Richters entgegen; "verallgemeinert bedeutet sie eine Gefährdung des Prinzips der Privatautonomie, die mit der Vorstellung unserer Grundordnung (Art.2, Abs.1; 12, Abs.2 GG) von der Wirkungssphäre der Persönlichkeit nicht mehr vereinbar ist"¹²⁾.

10) Wieacker, FamRZ 1957 S.290

11) aaO, S.290

12) aaO, S.290; ebenso im Ergebnis Herminghausen, DNotZ 1958 S.115 ff; im wesentlichen der Rspr. des BGH jedoch zusimmend Schulte, NJW 1958 S. 361 (m. ausf.Nachweisen).

Hier sind zwei Begriffe angesprochen - sozialstaatliche Verantwortlichkeit und Wirkungssphäre der Persönlichkeit -, die uns zu dem schwerwiegendsten und sicherlich auch schwierigsten Problem heranzuführen, das die Lehre von der Daseinsvorsorge dem Privatrecht stellt, ein Problem, für das die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis und vom sozialtypischen Verhalten nur ein Symptom zu sein scheinen und das ohne Übertreibung geradezu als existentielle Gefährdung des Privatrechts in seinen Grundlagen gekennzeichnet werden kann.

Wir haben dieses Problem schon angedeutet, als wir den notwendig ergebnislosen Versuch unternahmen, von der Forsthoff'schen Lehre her zu einer inhaltlichen Bestimmung und zu einer Abgrenzung des Begriffs der öffentlichen Daseinsvorsorge zu gelangen und wollen nunmehr versuchen, die rechtspolitische Seite dieser Problematik noch näher herauszustellen.

D R I T T E R T E I L

Zur rechtspolitischen Proble- matik der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge

E r s t e s K a p i t e l

Kennzeichnung der rechtspolitischen Problematik

§ 21 Der ordnungspolitische Gegensatz zwischen rechtsgeschäftlicher Privatautonomie und öffentlicher Daseinsvorsorge

1. Kennzeichnend für die Problematik der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge ist es, daß hier zwei verschiedene Ordnungsprinzipien aufeinanderstoßen, das der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie und das der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Von hier aus sind nicht nur die rechtssystematischen Schwierigkeiten bei der Einordnung dieser Leistungsverhältnisse in unsere durch die beiden Kategorien Privatrecht und öffentliches Recht gekennzeichnete Rechtsordnung, der Einfluß öffentlich-rechtlicher Normen auf das "Verwaltungsprivatrecht" und auch die Schwierigkeiten bei der Beurteilung dieser Leistungsverhältnisse nach den Vorschriften unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erklären.

Auch die rechtspolitische Problematik, die diesen Leistungsverhältnissen innewohnt, wird nur verständlich, wenn man sich die Gegensätzlichkeit von öffentlicher Daseinsvorsorge und Privatautonomie vor Augen hält.

2. Am deutlichsten muß der Schöpfer der Lehre von der Daseinsvorsorge selbst diesen Gegensatz empfunden haben.

Für ihn ist die Lebensform einer eigenen Initiative und Privatautonomie verbunden mit einer geschichtlichen Periode, die spätestens mit dem ersten Weltkrieg endete, während demgegenüber ein Zeitalter städtisch geballter Massen als das eigentliche Kernstück allen Rechts deren laufende Daseinsvorsorge durch den Staat und seine Verwaltung als Leistungsträger erfordert¹⁾.

Hier wird die allgemeine Gegenüberstellung - staatliche Verantwortlichkeit und Wirkungsbereich der Persönlichkeit - deutlich auf rechtlicher Ebene erfasst als Daseinsvorsorge und Privatautonomie, wobei letztere als ein historisches Relikt erscheint, das durch die Daseinsvorsorge scheinbar zwangsläufig immer mehr verdrängt wird²⁾.

1)Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S.4, S. 6 ff, 43 f, 40;vgl. hierzu F.v.Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Tübingen 1957 S.10, sowie die Ausführungen unter § 2 dieser Arbeit.

2)Es darf hier an die auch insoweit aufschlußreiche Schrift von Forsthoff, Der totale Staat, Hamburg 1933, erinnert werden, in welcher der bürgerl. Staat des 19. Jahrh. "liquidiert" wird (S.8, 17), wobei nur "akademische Pedanten" darüber erschrecken, daß diese "mit rücksichtsloser Entschlossenheit und dem Mut zu äußerster Konsequenz vorangetriebene Auseinandersetzung "summarisch" erfolgt und dabei auch an traditionelles Gut Hand angelegt wird, das ihnen teuer ist und das sie daher aus der Konkursmasse zu retten wünschen". Demgegenüber müsse die Totalität des Politischen in dem totalen Staat ihre Form finden und jeglicher Versuch, dem Staate das neu gewonnene umfassende Wirkungsrecht zu bestreiten, bedeute eine Sabotage der nationalsozialistischen Revolution (S.29).Denn "der totale Staat muß ein Staat der totalen Verantwortung sein.Er stellt die Inpflichtnahme jedes einzelnen für die Nation dar(S. 42). Vgl. hierzu als eine erste grundsätzliche Erwiderung F.v.Hippel, Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, Tübingen 1946, insbes. S. 6 ff, sowie ders., Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens, Marburg 1947, jetzt wieder in:Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Frankfurt 1964, S. 195 ff, 199 f, 222 f .

Zum richtigen Verständnis d.Bedeutung d.Privatautonomie vgl. außerdem F.v.Hippel, Zur Gesetzmäßigkeit jur.Systembildung, 1930, S. 4 ff und ders., Das Problem d. rechtsgeschäftl. Privatautonomie , 1936, bes. S. 57 ff, 63 f, sowie ders. in "Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts", S. 10 ff .

3. Dem widerspricht weder unsere Feststellung, daß auch im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge privatrechtliche Institutionen, insbesondere das Vertragsrecht, Anwendung findet, noch das Ergebnis unseres zweiten Teils, daß man auch im Bereich der Daseinsvorsorge mit dem gesetzlich geregelten Vertragsrecht zur Erfassung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge auskommt.

Denn es darf nicht übersehen werden, daß dieses Privatrecht eben nur als ein "Mittel der öffentlichen Verwaltung" anzusehen ist und daß es von einer nur von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten geleiteten Wahl des jeweiligen Leistungsträgers abhängt, ob er statt auf die Formen des Privatrechts auf die des öffentlichen Rechts zurückgreift³⁾.

Sicherlich wird mit solcher Wahl neben damit verbundenen Rechtsweg- und Haftungsfragen⁴⁾ auch bis zu einem gewissen Grade sachlich das Verhältnis zwischen Leistungsträger und Abnehmer vorgeregelt. So wird, wenn man sich am herkömmlichen Vertragsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs orientiert und nicht bereit ist, auf ihn zugunsten faktischer oder sozialtypischer Tatbestände zu verzichten, mit einer privatrechtlichen Ausgestaltung eine stärkere Berücksichtigung der Interessen des Einzelnen verbunden sein, als dies bei hoheitlicher Ausgestaltung des jeweiligen Nutzungsverhältnisses möglich ist.

Trotzdem fehlt auch hier der unmittelbare Bezug zur Privatautonomie. Und von hier aus wird deutlich, daß es sich bei dem Privatrecht als einem Mittel der öffentlichen Verwaltung um - vielleicht auf manchen Gebieten notwendige - aber doch skeptisch zu beurteilende Kompromisse zwischen öffentlichem und privatem Recht handelt und zwar gehen diese Kompromisse von vornherein zu Lasten des Privatrechts.

3)Vgl. oben, § 4, 2. Abschnitt .

4)Hierzu ausführlich Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950, S. 184 ff .

"Denn", so schreibt F. von Hippel zu dieser von ihm als besonders bedeutsam herausgestellten Frage⁵⁾, "das Aufziehen öffentlicher Amtsstellen und Bürokratien kann uns in der Tat immer nur "Mittel" zum "Zweck" sein und ist von hier aus unter dem Gesichtspunkt seiner technisch besten Ausgestaltung und eines sparsamen und reibungslosen Funktionierens von vornherein anzulegen und in aller Nüchternheit laufend weiter zu überprüfen ...Hingegen darf Bürgerliches Rechtswesen nicht in gleicher Weise nur als ein bloßes Mittel zum Zweck angesehen werden. Denn es vollziehen sich in seinem Rahmen und unter seinen Rechtsformen weithin auch schon die Akte echter und naturgegebener individueller wie sozialer menschlicher Lebenserfüllung".

Das Privatrecht wird hier sichtbar nicht nur als eine Organisationsform menschlichen Zusammenlebens, sondern als eine "gewisse ursprüngliche Grundhaltung des Menschen gegenüber dem Leben und seinen Aufgaben, als Lebens-Ge-sinnung"⁶⁾.

Privatrecht in diesem Sinne und nicht nur als organisatorisches Mittel der öffentlichen Verwaltung gilt im Bereich der Daseinsvorsorge nur noch sehr eingeschränkt, geht es doch hier nicht mehr um Privatinitiative und eigenverantwortliche Lebensgestaltung, sondern um Teilhabe und um eine weitgehende Anpassung an eine fremdbestimmte Ordnung.

4. Von hier aus aber weitet sich die Untersuchung notwendig aus zu einer Auseinandersetzung mit der Lehre von der Daseinsvorsorge oder - genauer - mit der rechtspolitischen Problematik, die diesem Begriff innewohnt.

Zwei grundsätzlich verschiedene Ordnungsprinzipien stoßen hier aufeinander: Die Privatautonomie als die Befugnis und zugleich als Aufgabe zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung und individueller Daseinssicherung einerseits und

5)Fritz von Hippel, aaO S. 13/14

6)Ders., aaO, S. 17

die öffentliche Daseinsvorsorge als durchgreifende Daseins-sicherung und Daseinsermöglichung durch den Staat und seine Verwaltung als Leistungsträger andererseits. Keines der beiden hier idealtypisch herausgestellten Ordnungsprinzipien kann in der Rechtswirklichkeit rein durchgeführt werden. Vielmehr werden sich hier immer Mischformen finden, wobei wir die Extreme in einer völlig freien oder "reinen" ("liberalistischen") Marktwirtschaft und in der äußersten Form einer staatlichen Planwirtschaft, der staatsunmittelbaren Wirtschaft, in der das Eigentum an den Wirtschaftsunternehmen im wesentlichen in die Hand des Staates überführt ist, zu suchen haben⁷⁾.

wie im einzelnen die Gewichte verteilt werden und wohin die Tendenz geht, ist in erster Linie eine wirtschafts-politische Entscheidung, die allgemein in der rechtlichen Verfassung eines Staates zum Ausdruck kommen kann und in dem jeweil praktizierten Wirtschaftssystem in der Lebens-wirklichkeit vollzogen wird.

§ 22 Zum Verhältnis der öffentlichen Daseinsvorsorge zu unserer Wirtschafts- und Sozialordnung

Wenn hier also ein Problem vornehmlich des Wirtschaftssystems vorliegt, werden wir, um von rechtlicher Seite her zu einer Aussage kommen zu können, uns zuerst mit der Frage beschäftigen müssen ob unsere Rechtsordnung, ob insbesondere das Grundgesetz wirtschaftspolitisch Stellung bezieht.

7) Es wäre interessant, den jeweiligen Geltungsbereich dieser Organisationsformen in seiner Abhängigkeit von den verschiedenen Marktformen, wie sie W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl. Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1959 S. 109 ff herausgearbeitet hat, rechtstheoretisch zu untersuchen. Man müßte dabei entsprechend der Morphologie der Wirtschaftsformen zu einer Morphologie der rechtlichen Organisationsformen gelangen.

1. Die Meinungen hierzu gehen auseinander.

Während Nipperdey¹⁾ die kühne These vertritt, das Grundgesetz enthalte die Garantie der heute gültigen Wirtschaftsordnung, also der sozialen Marktwirtschaft, vertritt im Gegensatz dazu Krüger²⁾ die Auffassung, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Entscheidung des Grundgesetzes sei die Nichtentscheidung. Von diesem Grundsatz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität her sei es dem Gesetzgeber untersagt, den damit geschaffenen "leeren Raum" im Sinne einer wirtschaftlichen Ideologie auszufüllen. Jeder wirtschaftliche Purismus oder Monismus der staatlichen Wirtschaftspolitik sei daher als verfassungswidrig anzusehen.

Eine Mittelmeinung vertritt Huber³⁾, der die These von einer institutionellen Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung durch das Grundgesetz aufgestellt hat. Die Wirtschaftsordnung nach dem Grundgesetz sei durch das Neben- und Ineinander zweier gegenläufiger, gleichrangiger Grundsätze bestimmt, nämlich der Wirtschaftsfreiheit des einzelnen einerseits und der Sozialstaatlichkeit andererseits. Das komme einmal in den Art. 2 Abs. 1, 12, 14 GG und zum anderen in Art. 20, 28, 14 Abs. 2 und 15 GG zum Ausdruck. Die Prinzipien der individuellen Wirtschaftsfreiheit und der Sozialstaatlichkeit stehen jedoch nach Huber nicht unverbunden nebeneinander, sondern sie sind durch die Wechselbezüglichkeit aller Verfassungsnormen in der Weise gemischt, daß jedes der wirtschaftlichen Freiheitsrechte vom Sozialstaatsgrundsatz, umgekehrt aber auch jede soziale Gewährleistung vom Freiheitsprinzip her von innen durchdrungen und von außen begrenzt ist⁴⁾.

1) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, Karlsruhe 1954

2) Krüger, DVBl. 1951 S. 361 ff;

3) Huber, DÖV 1956 S. 97 ff, 135 ff, 172 ff, 200 ff.

4) Vgl. hierzu auch Frenzel, Wirtschaftsverfassungsrechtl. Betrachtungen, Tübingen 1961, insbes. S. 8 ff.

Das Bundesverfassungsgericht schließlich hat in dem bekannten Urteil über die Verfassungsmäßigkeit der Investitionshilfe⁵⁾ festgestellt, daß dem Gesetzgeber die Freiheit eingeräumt sei, das Wirtschaftssystem in beliebiger Weise zu entwickeln, soweit dem nicht Einzelbestimmungen des Grundgesetzes entgegenstünden, in denen gewisse Schranken für Art und Grad wirtschaftslenkender Staatsakte aufgerichtet seien. Das Grundgesetz garantiere weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt, noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes bestehe lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden habe...Die gegenwärtige Ordnung sei zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung aber nicht die allein mögliche⁶⁾.

2. Es kann nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, der hier vorliegenden Kontroverse noch weiter nachzugehen. Wichtig scheint uns jedoch zunächst folgendes zu sein - und insoweit stimmen die angeführten Meinungen, auch die von Krüger⁷⁾ überein : Zwischen der politischen Verfassung und der Wirtschaftsverfassung besteht ein gewisser Zusammennang⁸⁾. Das in unserem Grundgesetz zum Ausdruck gebrachte umfassende Staatsprinzip, nach dem die Bundesrepublik eine freiheitliche, demokratische Grundordnung hat (Art.18, 21,Abs.2 GG), schließt nicht nur den totalen Staat, sondern auch eine totale Planwirtschaft aus und aus der Dekretierung des

5)BVerfGE 4, 7

6)aaO, S. 17/18

7)DVBl. 1951 S.366 (unten)

8)Vgl. hierzu auch Voigt, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung i.d.BundesrepublikDeutschland, in:Festschrift f.Apelt, 1958 S. 73 .

Prinzips der Sozialstaatlichkeit folgt andererseits ebenso der Ausschluß einer rein liberalen Staatsverfassung und einer rein liberalistischen Marktwirtschaft.

Wenn daher - wie insbes. Frentzel⁹⁾ im Anschluß an die kritische Stellungnahme bei Fischerhof¹⁰⁾ und Maunz¹¹⁾ deutlich ausspricht - der Lehre von der Daseinsvorsorge die Tendenz zugrunde liegt, mitten in den Versorgungsstaat hineinzuführen, so werden sich zumindest gegen extreme Entwicklungen feste Schranken in den Bestimmungen des Grundgesetzes finden lassen. In diesem Sinne hat auch Dürig¹²⁾ davon gesprochen, daß unser sozialer Rechtsstaat keine "Assekuranzanstalt" ist und daß er eine Entartungsform wäre, wenn er zum Versorgungsstaat würde.

"Nur unter Verzicht auf die freiheitliche Konzeption der Verfassung könnte der Staat seinen Bürgern Sicherheit für alle Lebens eventualitäten bieten ..., denn wo Freiheit ist, ist auch immer Risiko" ¹³⁾.

Aber nicht nur eine solche negative Grenzziehung gegenüber einem zu "freiheitsvernichtender Allzuständigkeit" (Dürig) ausartenden Versorgungsstaat ist auf Grund der Bestimmungen unseres Grundgesetzes möglich.

Ohne Nipperdey in seiner These folgen zu müssen, daß durch das Grundgesetz die Doktrin der sozialen Marktwirtschaft garantiert sei, wird man in Übereinstimmung mit ihm zu einer positiven Vermutung für die eigenverantwortliche Lebensgestaltung und Daseinssicherung bei ihrer Abgrenzung von der öffentlichen Daseinsvorsorge kommen können.

9) Frentzel, aaO S. 30 ff

10) Fischerhof, DÖV 1957 S. 305 ff; ders., DÖV 1960 S. 41 f

11) Maunz, VerwArch. Bd. 50 (1959), S. 315 ff (317f).

12) Dürig, JZ 1955 S. 525; ders., JZ 1953 S. 193 ff

13) aaO, S. 525

Zweites Kapitel

Positive Richtlinien zur Begrenzung öffentlicher Daseinsvorsorge

§ 23 Öffentliche Daseinsvorsorge und Sozialstaatsprinzip

1. Gegen die Möglichkeit, auf Grund der Bestimmungen unseres Grundgesetzes zu einer gegen die Ausdehnung öffentlicher Daseinsvorsorge sprechenden Vermutung zu gelangen, scheint besonders das Sozialstaatsprinzip, wie es in den Art. 20, 28 GG verankert ist, zu sprechen.¹⁾ Denn es liegt nahe aus diesem Prinzip den Begriff der öffentlichen Daseinsvorsorge verfassungsrechtlich abzuleiten²⁾.

In diesem Sinne hat denn auch Forsthoff³⁾ entsprechend der von ihm immer wieder hervorgehobenen Funktion der öffentlichen Daseinsvorsorge den Sozialstaat als einen Leistungs- und Verteilerstaat, als den Staat der Daseinsvorsorge charakterisiert.

Aber diese "zu mechanistische Formulierung" des Sozialstaatsprinzips wird dessen ideellem Gehalt schwerlich gerecht⁴⁾. Es bedeutet eine gefährliche Verengung, wenn man den Sozialstaat in erster Linie im Blick auf soziale Gewährleistungen deutet und als Ziel den in seinem Dasein im Maße des Möglichen gesicherten Bürger deklariert⁵⁾.

1) Eine ausf. Darstellung der verschiedenen Deutungen des Sozialstaatsprinzips in Literatur und Judikatur (mit Exkurs in die schweizerische Wissenschaft) gibt Gerber, AöR, Bd. 81 (1956) S. 1 ff.

2) Vgl. z.B. Bachof, Begriff und Wesen d. sozialen Rechtsstaats, VVDSt, Heft 12 (1954) S. 37 ff (63); Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, Oldenburg 1962, S. 19, der jedoch zuvor (S. 17) auf die Sozialpflichtigkeit der einzelnen untereinander und der einzelnen gegenüber dem Gemeinwesen eingeht.

3) Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, 1954, S. 8 ff, 15. Über die Daseinsvorsorge, als "zu den Fundamenten unserer sozialen Ordnung gehörend" vgl. auch BVerfGE 9, 133.

4) Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, 5) Ballerstedt, aaO; vgl. auch Hamann, /te, III/1, S. 54, A. 142.

5) Das Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin 1961, Einf. I D, 2) Ziff. 4.

Sicherlich kommt dem Staat auf Grund der im ersten Teil dieser Arbeit hervorgehobenen soziologischen Veränderungen eine erhebliche Bedeutung bei der Daseinsermöglichung des einzelnen zu. Aber daraus ergibt sich noch kein Dogma von einem Staat als Träger der Daseinsvorsorge schlechthin.

Man wird vielmehr das Sozialstaatsprinzip zunächst in einem umfassenderen Sinne sehen müssen: Der Staat wird zuständig und verantwortlich für die rechte soziale Ordnung innerhalb des Volkes⁶⁾. Die strenge Trennung von Staat und Gesellschaft, von Staat und Wirtschaft, die den liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts und des beginnenden 20. Jahrhunderts gekennzeichnet hat, ist weggefallen; dem Staat obliegt die Aufgabe der Sozialgestaltung.

Mit dieser Feststellung erweitert sich das Feld der staatlichen Aufgaben zunächst weit über den Bereich der Daseinsvorsorge hinaus. Hierher gehören auch die vielfältigen Bemühungen des Staates, die nicht in Geld oder geldwerten Leistungen bestehen: Die Sorge für die Gesundheit der Bevölkerung durch Schaffung eines Lebensmittelrechts, Arzneimittelrechts, ärztliche Beratungsstellen, Schutzimpfungen, Reinhaltung von Luft und Wasser; ferner die Bemühungen um die Stabilität der Währung, Vollbeschäftigung, soziale Arbeitsbedingungen, um einen gerechten Lohn usw.; die Bemühungen um Straßenbau und Straßenverkehr, aber auch der Jugendschutz, die Förderung von Kunst, Wissenschaft und Technik usw.⁷⁾.

Gleichzeitig ist es aber auch durch solch eine Erweiterung des Blickfeldes möglich, die Lehre von der Daseinsvorsorge neu zu sehen. Denn, wenn die Sozialgestaltung eines der

6) In diesem Sinne auch Gerber, aaO S. 27 ff

7) Vgl. hierzu den Überblick bei Achinger, Sozialpolitik als Gesellschaftspolitik, Hamburg 1958 .

Staatsziele ist und die Daseinsvorsorge hierzu als Mittel eingesetzt wird, dann muß der qualitative und quantitative Einsatz dieses Mittels mit den für die Sozialgestaltung aufgestellten Wertprinzipien übereinstimmen.

Solche Wertprinzipien finden wir im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes. Denn wie die Sozialstaatsklausel eine der Auslegungsmaximen für die Freiheits- und Eigentumsverbürgungen des Grundgesetzes ist, so findet umgekehrt die Sozialgestaltung in den rechtsstaatlichen Grundrechten bestimmte unverrückbare Richtpunkte⁸⁾.

2. An die Spitze des Grundrechtskataloges des Grundgesetzes ist die Würde des Menschen gestellt (Art. 1 GG). Damit ist eine grundlegende und allgemeinverbindliche Wertentscheidung getroffen⁹⁾. Sie besagt in Verbindung mit der Sozialstaatsklausel, daß dem einzelnen nicht nur ein Recht auf angemessene Existenzsicherung zusteht¹⁰⁾, sondern bringt mit mindestens der gleichen Deutlichkeit zum Ausdruck, daß der einzelne nicht nur Objekt staatlicher Zuteilungen, Planungen und Dispositionen, sondern als Subjekt grundsätzlich Herr individueller und sozialer Lebensgestaltung ist.

Nimmt man hierzu Art. 2 GG, in dem ein unantastbarer Bereich individueller Persönlichkeitsentfaltung auf allen Gebieten des menschlichen Daseins gewährleistet wird¹¹⁾, dann ergibt sich daraus, daß der eigentliche Gehalt des Sozialstaatsgedankens sich in der Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens verwirklichen muß und daß es sich bei den dem Staat obliegenden Aufgaben um subsidiäre Hilfen und Unterstützungen handelt.

8) Das darf als herrschende Meinung bezeichnet werden, vgl. statt aller Pallerstedt, aaO S. 53, 55.

9) BVerfGE 6, 36: "Eines der tragenden Konstitutionsprinzipien".

10) Vgl. hierzu die Nachw. b. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1957, Art. 20, Anm. VII 2 c.

11) Hierzu H. Peters, Die freie Entfaltung d. Persönlichkeit, in: Festr. f. R. Laun, Hamburg 1953 S. 669 ff.

§ 24 Öffentliche Daseinsvorsorge und Subsidiaritätsprinzip

1. Damit kommen wir zu dem wichtigsten Richtpunkt in diesem Zusammenhang, der zwar in unserem Grundgesetz nicht ausdrücklich enthalten ist, ihm jedoch zumindest mittelbar zugrunde liegt¹⁾, und der als Subsidiaritätsprinzip oberster Grundsatz der katholischen Gesellschaftslehre ist²⁾.

Als ein umfassendes Zuständigkeitsprinzip besagt er nach der in "Quadragesimo anno" Pius' XI. gegebenen ausdrücklichen Formulierung:³⁾

"Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und unteren Gemeinwesen leisten, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung; sie soll die Glieder des Sozialwesens unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen".

1)Dürig, JZ 1953 S.198; Frentzel, Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen, S. 32;Maunz, Staatsrecht, 10.Aufl. 1961 S. 63;Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957 S.428 ff; demgegenüber zurückhaltend Hamann, Das Grundgesetz, Einf.I D 1, Ziff. 9 .

2)Wenn hier auf die kath. Gesellschaftslehre Bezug genommen wird, so soll damit nicht eine kirchl. Doktrin vertreten werden.Der Kirche ging es bei den Darlegungen zum Subsidiaritätsprinzip nicht (zumindest nicht primär)um theologische Gesichtspunkte oder gar um kirchliche Dogmen;vielmehr begründen die Päpste ihre Auffassung mit Gründen der allgemeinen menschlichen Vernunft, wobei vorausgesetzt wird, daß der Mensch - ob Christ oder Nichtchrist - in der Lage ist, objektive Werte und Unwerte zu unterscheiden.Vgl. hierzu Süsterhenn, Festschr. f. Nawiascky, München 1956 S. 141 ff .

3)Quadragesimo Anno, Rdnr. 79 ;Textausgaben:Die sozialen Rundschr.Leos XIII.,PiusXI., Text und Deutsche Übers., hrsg. von G.Gundlach SJ, Paderborn 1931; Leo XIII., Pius XI., Die sozialen Enzykliken rerum novarum und Quadragesimo anno, (mit Einf. von O.v.Nell-Breuning SJ), Stuttgart 1953 . Darstellungen:E.Muhler, Die Soziallehre d.Päpste, München 1958;E.Link, Das Subsidiaritätsprinzip, Freiburg 1955; Höffner, Christl.Gesellschaftslehre, Kevelaer/Rh, 1962,S.48 ff.

2. Von hier aus ergibt sich für den Aufbau der Rechtsordnung eine schrittweise Stufung von unten nach oben⁴⁾, wobei Ausgangspunkt und Leitziel nicht die öffentliche Daseinsvorsorge als "Kernstück allen Rechts" sein kann, sondern die in den einzelnen privatrechtlichen Institutionen sich darstellende und von ihnen her ermöglichte Privatinitiative der einzelnen Bürger, von der Johannes XXIII. in dem Rundschreiben "Mater et Magistra" in Ergänzung der Lehre von "Rerum Novarum" und "Quadragesimo Anno" gesagt hat, daß sie durch die Sorge des Staates für die Wirtschaft nicht nur nicht eingeschränkt, vielmehr ausgeweitet werden solle, "allerdings so, daß die wesentlichen Rechte jeder menschlichen Person gewahrt bleiben"⁵⁾

Ersetzt man dieses Prinzip der Eigenverantwortung vorschnell durch öffentliche Daseinsvorsorge, d.h. Fremdhilfe und Fremdverantwortung, dann wird damit nicht nur die Subjektstellung des Menschen innerhalb der Gesellschaft gefährdet, es entsteht auch die Gefahr, daß trotz rechtsstaatlicher Kontrolle und Sicherung neue Formen der Abhängigkeit für den einzelnen entstehen, da er sich nicht nur den Versorgungsmaßnahmen, sondern auch der verstärkten Kontrolle des Staates zu unterziehen hat. Denn der Versorgungsstaat, der als "Spender aller Gaben", als "gigantische Universalversicherungsanstalt auftritt, führt notwendig dazu, das private Dasein der Bürger zu verwalten und reglementierend in alle Existenzbedingungen des Einzelnen einzugreifen"⁶⁾.

4)F. von Hippel, Sinnwandel, bes. S. 18 ff .

5)Die Sozialenzyklika Papst Johannes XXIII., *Mater et Magistra* (1961), Deutsche Übersetzung mit Einf. von E.Welty OP, Freiburg, 1961, hier Rdnr. 55 .

6)A.Böhm, Wohlfahrtsstaat-Versorgungsstaat, in: Rhein.Merkur, 48/1960 S. 14 .

§ 25 Öffentliche Daseinsvorsorge und Solidaritätsprinzip

1. Unsere Überlegungen zu dem vom Subsidiaritätsgedanken her notwendig begrenzten Sozialstaatsprinzip wären einseitig, wollten wir - im Hinblick auf die Lehre von der Daseinsvorsorge - nur nach den Grenzen staatlicher Tätigkeit fragen.

Denn das Sozialstaatsprinzip wendet sich auch an die in der Gesellschaft lebenden Bürger und zwar nicht nur (vielleicht nicht einmal in erster Linie) in dem Sinne, daß der Einzelne Ansprüche gegenüber dem Staat anmelden kann.

Der soziale Staat setzt vielmehr seinerseits sozialbereite Bürger voraus, indem er abwehrend unsoziales Verhalten der Einzelnen verbietet und anfordernd zu sozialer Gesinnung und sozialer Aktivität verpflichtet.

Diese insbesondere bei Fechner¹⁾ eindringlich hervorgehobene Bedeutung des Sozialstaatsprinzips, die als Solidaritätsprinzip bezeichnet werden kann und das wechselseitige Verbundensein und Verpflichtetsein der einzelnen untereinander besagt²⁾, ist das notwendige Korrelat zu der Begrenzung öffentlicher Daseinsvorsorge auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips. Denn in dem Maße wie - entsprechend solch sozialer Anforderung - die einzelnen, die Gruppen der Gesellschaft, die Familie, die engeren Gemeinschaften und die gesellschaftlichen Zusammenschlüsse das ihre tun,

1) Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 174, Tübingen 1953, bes. S. 14 ff. Vgl. auch Dürig, JZ 1953 S. 193 ff (197); Scheuner, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift DJT, 1960, Bd. II, S. 229 ff (262); Gerber, AöR 81, S. 39: "Die Sozialstaatsklausel ist deswegen ihrem Wesen nach sozialstaatlicher Anruf; er will den Einzelnen nicht in seiner Freiheit beeinträchtigen, sondern ihm vielmehr sagen, daß solche Freiheit sinnvoll nicht nur als eigenwilliger Anspruch auf Gestaltung gegenüber der Obrigkeit gedeutet werden darf, daß sie vielmehr ebenso Pflicht ist zur Rücksichtnahme auf das Ganze..."

2) Hierzu bes. Höffner, Christl. Gesellschaftslehre, S. 40 f.

erübrigt sich öffentliche Daseinsvorsorge und nur was über deren Kräfte geht, verbleibt dem Staat als Aufgabe zur eigenen Bewältigung.

Man muß sich einmal frei machen von jener Terminologie, mit der man sich und andere seit Jahren daran gewöhnt hat, unter Daseinsvorsorge nur eine Versorgung der Rechtsgenossen von Staats wegen zu verstehen, um zu ermessen, in welchem großem Umfange und mit wie starker Intensität individuelle und soziale Daseinsvorsorge auf der Grundlage eigener Anstrengung und Arbeit und eines anschließenden "Do ut des, do ut facias" und damit echten gegenseitigen Ergänzens und Aushelfens von jeher geleistet worden ist und auch heute noch geleistet wird³⁾.

Gerade in diesem Tatbestand, der sich in weitgehender Selbstverantwortung und Freiwilligkeit vollzieht, wird man aber auch die natürlichen Ansätze und Formen finden, in denen sich jene vom Staate her zu Recht vorausgesetzte soziale Gesinnung und soziale Aktivität vollziehen und bewähren kann.

2. Freilich, die Schwierigkeiten, auf die wir auch hier noch allenthalben stoßen, sollen nicht übersehen werden. Sie liegen vor allem darin, daß vielfach das Bewußtsein verloren gegangen ist, daß es im Verhältnis zum Nächsten, zum Vertragspartner, zur Familie, zur Gemeinde bis hinauf zum Staat nicht nur wechselseitige Rechte und Pflichten gibt, hinter denen eine durchsetzbare Rechtsnorm steht, sondern auch Anforderungen auf der Grundlage ursprünglicher Zusammengehörigkeit, deren freiwillige Erfüllung von Rechtswegen erwartet werden kann, die aber gerade um dieser Freiwilligkeit willen rechtlich nicht erzwingbar sind⁴⁾.

3) F. von Hippel, Sinnwandel, S. 9 und S. 50 ff (61).

4) W. Geiger, Was heißt sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz? in: Schriftenreihe der Arbeitsgem. kath. Bildungswerke, Paderborn 1963 S. 21.

Dieses fehlende soziale Bewußtsein ist nicht zuletzt auf ein im 19. Jahrhundert "bis zum Pathologischen" gestei-
gertes Grundaxiom ursprünglicher gänzlicher Unverbunden-
heit aller Beteiligten zurückzuführen⁵⁾, das -wie es Fritz
von Hippel plastisch formuliert hat -, zu der für alles
weitere maßgebend gewordene Grunddevise "Laß mich in Ruh"
("Freiheit"), "ich laß dich auch in Ruh" ("Gleichheit")
führte und durch den selbstbewußten Satz, "jeder ist
seines Glückes Schmied", der ja unausgesprochen zugleich
die Absage zu sozialer Hilfespflicht enthält, ergänzt wurde⁶⁾.

Von einer solchen, von falsch verstandenem und einseitig
liberalistisch orientiertem Privatrecht vorausgesetzten
Asozialität und ursprünglichen Unverbundenen der am Kon-
kurrenzkampf Beteiligten ist der Begründer der Lehre von der
Daseinsvorsorge bewußt ausgegangen, wenn er feststellt,
daß sich aus der Solidarität sozialer Gruppen eine klare
Daseinsverantwortung nicht entwickelt habe⁷⁾.

Ein falsch verstandenes, egoistisch-asoziales Privatrecht
erweist sich damit als Gegenstück zur Konzeption einer
umfassenden öffentlichen Daseinsvorsorge.

5) Fritz von Hippel, Sinnwandel, S. 46

6) aaO, S. 44/45

7) Vgl. oben, § 2, II, 2

Es hieße daher, ein solches Privatrecht bestätigen und fördern, wollte man sich diese Konzeption der Lehre von der Daseinsvorsorge zu eigen machen.

Demgegenüber läßt eine sich allenthalben anbahnende Überwindung solcher Asozialität in einem sich selbst bereinigenden⁸⁾, stufenweise von unten nach oben aufbauenden Privatrecht, verbunden mit einer verändernden Grundeinstellung zum Nächsten, dieses Privatrecht und den rechtsgeschäftlichen Verkehr erkennen als ein ertragreiches und natürliches Zusammenwirken in Freiheit und Selbstverantwortung.

8) Hierzu Fritz von Hippel, Sinnwandel, S. 48 ff und ders., Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, S. 316, 317, Anm. 8; Raiser, NJW 1958 S. 6 f und Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftl. Verkehrs Tübingen 1961, S. 159.

Erwähnt sei z.B. die Möglichkeit und Notwendigkeit einer angemessenen Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie durch Einführung "zwingender" Vorschriften an Stelle der nur "dispositiven". Auf vielen Rechtsgebieten wäre schon dadurch ein echter Schutz der Mehrzahl der Rechtsgenossen gegen Willkür und unsoziales Verhalten zu erreichen. Der rechtsgeschäftlichen Freiheit aber würden damit nur diejenigen Schranken gesetzt, die ihr bei richtigem Verständnis ohnehin innewohnen.

Mein Lebenslauf

Am 10. Mai 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Paul Bayer und seiner Ehefrau Amalie, geb. Horn, in Ehingen(Donau) geboren.

Dort besuchte ich die Volksschule und von 1946 bis 1955 das Humanistische Gymnasium .

Nach dem Abitur studierte ich Rechtswissenschaft und zwar vom Sommer-Semester 1955 bis zum Winter-Semester 1956/57 an der Albert-Ludwig-Universität Freiburg, im Sommer-Semester 1957 an der Freien Universität Berlin und dann wieder bis zum Winter-Semester 1958/59 an der Universität Freiburg.

Im Juni 1959 legte ich vor dem Landes-Justiz-Prüfungsamt das Erste Juristische Staatsexamen ab.

Den Vorbereitungsdienst leistete ich an den vorgeschriebenen Stationen in Baden-Württemberg.

Im Juli 1963 bestand ich die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Seit März 1964 bin ich im Geschäftsbereich des Bundesministers der Verteidigung als Regierungsassessor eingesetzt.

Freiburg, im Juni 1965 .

